Welche Erscheinungen kennt das B.G.B., die den gemeinrechtlichen Naturalobligationen gleichartig oder ähnlich sind?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät zu Rostock

vorgelegt von

Arnulf Regen,
Referendar aus Berlin.

ACAD. LAND.BAT. BIBL.

Berlin 1903.
Druck von Bernhard Paul, Wilhelmstraße 22a.

Meinen lieben Eltern.

Disposition.

Allgemeiner Teil.

Seite

§ 1. Begriff und Wesen der gemeinrechtlichen Naturalobligationen . 9

§ 2. Kennt das B.G.B. die gemeinrechtlichen Naturalobligationen? . 13

Besonderer Teil.

I. Die den gemeinrechtlichen Naturalobligationen gleichartigen Erscheinungen; die sogenannten unvollkommenen Verbindlichkeiten, zerfallend:

1. in die nicht vom Gesetz mißbilligten:

§ 3. α) die verjährte Forderung 17

§ 4. β) die Ausstattung 25

2. in die vom Gesetz mißbilligten:

§ 5. α) den Ehemäklerlohn 28

§ 6. β) Spiel, Wette, Differenzgeschäft 31

II. Die den gemeinrechtlichen Naturalobligationen ähnlichen Erscheinungen, zerfallend in:

§ 7. 1. Die sittlichen und Anstandspflichten 40

2. besondere Fälle:

§ 8. α) die Fälle der Nichtigkeit, die durch Erfüllung heilbar sind, aus den §§ 313, 518, 766, sowie aus § 110 43

§ 9. β) die Forderung auf eine übermäßig hohe Vertragsstrafe, § 343 46

§ 10. γ) den Anspruch des Besitzers einer fremden Sache oder Erbschaft auf Ersatz von Verwendungen, § 1000, § 2022 47

Litteratur-Verzeichnis.

Arndts, Pandekten, 10. Aufl. Stuttgart 1879.
Baron, Pandekten, 2. Aufl. Leipzig 1876.
Bekker, im Jahrbuch des gemeinen Rechts. Bd. 4, Nr. 13 und 14.
Bekker, Über das Verhältnis von actio und obligatio in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. 9.
Brinz, Pandekten, 2. Aufl. Erlangen 1879.
Brinz, Kritische Blätter, Heft 3.
Büchel, Civilrechtliche Erörterungen Bd. 1 und 2.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 4. Aufl., sowie 5. Aufl.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. Jena 1900.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen und Leipzig 1900.
Dernburg, Pandekten, 6. Aufl. Berlin 1900.
Dernburg, Preußisches Privatrecht, 5. Aufl. 1894, 1896.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens 1899. Halle a. S., 1. und 2. Aufl.
Eck, Vorträge, Heft I. Berlin 1896.
Eisele, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 31.
Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B., 4. Aufl. 1897, 1898 Berlin.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, Marburg. 2. Aufl. 1901.
Fischer-Henle, B.G.B. mit Anmerkungen, München. 3. Aufl. 1899.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 7. Aufl.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Bd. 1. 1868.
Hachenburg, B.G.B., Vorträge, 2. Aufl. 1900.
Haidlen, Kommentar zum B.G.B.
Hellmann, Vorträge, Freiburg 1897.
Hölder, im Archiv für civilistische Praxis, Bde. 73 und 80, S. 48 ff.
Hölder, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 11.
Jakobi, Die sittliche Pflicht im B.G.B., Berlin 1900.
Kohler, im Archiv für bürgerliches Recht, Bde. 5 und 12.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B., Berlin 1899.
Levy, Die naturalis obligatio im B.G.B., Jenenser Dissertation 1901.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin. 3. Aufl. 1900.
Mayr, Wilhelm, Die Fälle der naturalis obligatio und ihre rechtliche Natur nach neustem gemeinen Recht, Erlanger Dissertation 1895.
Meyer, Cäsar, Die Naturalobligationen im B.G.B., Rostocker Dissertation 1901.
Örtmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar zum B.G.B., Berlin 1899.
Pernice, Labeo III, 1. Abt. Halle 1892.
Planck, Kommentar zum B.G.B. Bd. 1, 2. Aufl. Berlin 1898. Bd. 2, 1. und 2. Aufl. Berlin 1900.
Puchta, Institutionen, 9. Aufl. Leipzig 1881.
Puchta, Pandekten, 9. Aufl. Leipzig 1863.
Regelsberger, Pandekten, Leipzig 1893.

Regelsberger, in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik des Privatrechts, Bd. 41.
Rehlein, Das B.G.B. mit Erläuterungen. Allgemeiner Teil. Berlin 1899.
Ryck, Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemeinem deutschen Recht. Berlin 1889.
Savigny, Obligationenrecht I. Berlin 1851.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1841.
Scherer, Kommentar zum B.G.B., Schuldverhältnisse, 1899.
Scheurl, Die römischen Naturalobligationen in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des Privatrechts, Bd. 7.
Schwanert, Die Naturalobligationen des römischen Rechts, Göttingen 1861.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1898.
Stargard, Klage und Anspruchsverjährung, Erlanger Dissertation 1898.
Thöl, Handelsrecht, Bd. 1. 6. Aufl. Leipzig 1879.
Ubbelohde, Die klaglosen Schuldverhältnisse des B.G.B. in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des Privatrechts, Bd. 38.
Vangerow, Pandekten, 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1863.
Wächter, Pandekten, Leipzig 1880.
Weber, A. D., Systematische Entwicklung der Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten, 4. Aufl. 1811.
Wendt, Pandekten, Jena 1888.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 6. Aufl. 1887, sowie 8. Aufl. für das bürgerliche Recht von Kipp.

Ferner Reichsgesetze, Motive und Protokolle für das B.G.B.

Allgemeiner Teil.

§ 1.

Begriff und Wesen der gemeinrechtlichen Naturalobligationen.

Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura[1]). So definieren die Römer scharf und treffend die Obligation. Ein rechtliches Band muß vorliegen, zu dessen Lösung wir durch eine vermögensrechtliche Leistung rechtlich gezwungen werden können[2]). Erzwingbar ist aber die Leistung nur dann, wenn uns eine actio zur Seite steht. Und nur wenn eine actio vorhanden ist, kann man von einer eigentlichen Obligation reden[3]).

Die Obligationen in ihrer Eigenschaft der Klagbarkeit bezeichnet man als obligationes civiles.

Nun findet sich aber in den Quellen eine Reihe von Rechtsverhältnissen, die der Klagbarkeit ermangeln, denen aber gleichwohl eine gewisse Anerkennung vom Recht gezollt wird. Diese Verhältnisse schienen keine Obligationen zu sein, und doch forderten sie wiederum Betrachtungen heraus, die zur Annahme einer Obligation drängten. Und so gab man ihnen denn zum Unterschied von den oben genannten obligationes civiles den Namen obligationes naturales oder genauer tantum naturales, da ausnahmsweise auch auf klagbare Obligationen jene Bezeichnung angewendet wird[4]).

Die Erscheinung dieser naturales obligationes hat man sich auf die verschiedenste Weise zu erklären versucht, ohne daß es bisher gelungen ist, sie auf einen gemeinsamen Grundgedanken zurückzuführen[5]). Diese Erklärungsversuche lassen sich bis auf Accursius zurückverfolgen[6]). Die naturales obligationes sollen nach den einen ihren Ursprung im ius gentium[7]) haben, nach

[1]) J. III 13.

[2]) Schwanert S. 1.

[3]) Bekker in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 9 S. 400 und im Jahrb. des gem. R. Bd. 4 S. 386.

[4]) Arndts § 217, dazu Schwanert § 7ff.

[5]) Vgl. die Literatur bei Windscheid, Pandekten Bd. II § 287, Dernburg, Pandekten Bd. II § 4 Anm. 1, sowie die geschichtliche Uebersicht bei Schwanert § 2.

[6]) Schwanert S. 7.

[7]) Puchta, Pandekten § 237, Savigny O. R. Bd. I S. 22ff., Ryck S. 15.

den andern im Naturrecht[1]). Diese rein historische Erklärung stellten wieder andere auf eine allgemeine Basis, indem sie die Naturalobligationen zurückführen auf die Billigkeit[2]) oder die natürliche Auffassung[3]). Dernburg leitet sie her aus der Anschauung der bürgerlichen Gesellschaft[4]).

Dies im einzelnen zu erörtern, würde uns zu weit führen. Wir begnügen uns, die Tatsache des Vorhandenseins der natürlichen Verbindlichkeiten festzustellen.

Ueber ihren Entstehungsgrund sagt Brinz[5]): „Es giebt Obligationen, welche als naturales obligationes entstehen und solche, welche als civiles entstehen, als naturales aber übrig bleiben. Sofern naturales obligationes entstehen, entstehen sie wie die civiles; ihre Mangelhaftigkeit liegt auf Seite der Person. Hierher gehört die natürliche Verbindlichkeit der in der patria oder dominica potestas stehenden Personen, die nach Gesetzesvorschrift eine klagbare Verbindlichkeit nicht begründen können. Wo naturales obligationes übrig bleiben, kann die civilis obligatio getilgt, nicht aber erfüllt sein, wie es der Fall ist bei der Klagverjährung." Savigny[6]) führt noch als weitere Entstehungsgründe an: „Mangelhafte Form bei der Begründung der obligatio, wenn z. B. ein Vertrag in der Form des nudum pactum geschlossen wurde, da wo eine stipulatio erforderlich gewesen wäre, und strenge Konsequenz des Civilrechts, die im ius gentium nicht anerkannt ist, z. B. bei der minima capitis deminutio." Der erste dieser Entstehungsgründe ist sehr bestritten[7]), der zweite antiquiert.

Vergebens wird man sich in den Quellen nach einer Legaldefinition der naturalis obligatio umschauen[8]). Dort sind nur die einzelnen Fälle der naturalis obligatio erörtert, und wir stellen fest[9]), daß diese einzelnen Fälle ganz verschiedenartige Wirkungen äußern. Aber so mannigfaltig auch diese Schuldverhältnisse geartet sein mögen, sie haben doch etwas Gemeinsames.

Und zwar läßt sich die rechtliche Bedeutung, welche den natürlichen Verbindlichkeiten zukommt, zunächst negativ dahin bestimmen, daß alle naturales obligationes der Klage entbehren, sei es dadurch, daß die actio ihnen von vornherein fehlte, weil

[1]) Weber § 4.
[2]) Brinz, Kritische Blätter S. 45, vgl. auch noch Scheurl S. 320 u. 355.
[3]) Windscheid, Pandekten II § 287.
[4]) Dernburg, Pandekten II § 4.
[5]) Brinz, Kritische Blätter S. 41 ff. und Pandekten Bd. II § 220.
[6]) Savigny, O.R. Bd. I S. 52.
[7]) Vgl. hierüber Brinz, Kritische Blätter S. 16 ff. und auch § 8 unserer Darstellung.
[8]) Schwanert S. 4.
[9]) So zuerst Schwanert.

sie unvollkommen entstanden waren, sei es dadurch, daß die actio durch eine von Anfang an oder durch einen später eingetretenen Umstand begründete exceptio in ihrer Wirksamkeit gehemmt war, weil die Obligation unvollkommen aufgehoben wurde[1]).

Neben diesem gemeinsamen negativen Merkmal der Klaglosigkeit findet sich nun aber auch ein gemeinsames positives Merkmal. Es ist dies der Ausschluß der condictio indebiti. Auf dieses positive Charakteristikum der naturalis obligatio hat besonders Julian[2]) aufmerksam gemacht. Er schreibt: „Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse." Es soll also die Rückforderung seitens des Leistenden ausgeschlossen sein, selbst wenn die Leistung in Nichtkenntnis der Klaglosigkeit geschah[3]) [4]). Ist aber die condictio indebiti ausgeschlossen, ist damit dem Gläubiger das Recht der soluti retentio gegeben, so ist die Erfüllbarkeit gesetzlich den Naturalobligationen zugesprochen, und wir können mit Brinz[5]) positiv den Inhalt der naturalis obligatio dahin formulieren, daß die naturalis obligatio zwar zahlbar (erfüllbar), aber nicht klagbar sei.[6]) Daher gelten denn auch wissentlich, d. h. in Kenntnis der Klaglosigkeit der bezüglichen Verbindlichkeiten zu deren Erfüllung gemachte Leistungen als Zahlungen, nicht als Schenkungen[7]).

Weitere gemeinsame positive Merkmale lassen sich neben dem Ausschluß der condictio indebiti nicht aufstellen. Sicher ist aber soviel, daß bei den Naturalobligationen jede Wirkung der eigentlichen Obligation möglich ist, abgesehen von der Klage[8]). Es kann also die naturalis obligatio zur Grundlage eines anderen, selbst eine Klage begründenden Rechtsverhältnisses dienen, z. B.

[1]) Schwanert S. 68.

[2]) l. 16 § 4 D. XLVI 1 und dazu Pernice, Labeo Bd. 3 S. 253.

[3]) Vgl. auch noch l. 19 pr., l. 41, l. 64 D. XII 6; l. 9 § 4, § 5; l. 10 D. XIV 6.

[4]) Der Ausschluß der condictio indebiti bei einer im Bewußtsein der Klaglosigkeit geschehenen Leistung ist selbstverständlich.

[5]) Brinz, Kritische Blätter S. 48, Brinz, Pandekten Bd. II S. 51.

[6]) Mit geringen Abweichungen wird der Brinzsche Satz allgemein anerkannt, vgl. z. B. Schwanert S. 222 und Dernburg, Pandekten Bd. II § 4. Dagegen haben sich geäußert Windscheid, Pandekten § 288 N. 5 und Scheurl S. 328. Letzterer qualifiziert die natürliche Verbindlichkeit als anerkennbar.

[7]) l. 19 D. XXXIX 5; l. 28 D. XII 6.

[8]) Brinz, kritische Blätter, S. 57 und Pand. Bd. II, S. 52; Schwanert, S. 3; Windscheid, Pand. II, § 288, Anm. 4; Dernburg, Pand. II, § 4.

der Bürgschaft[1]), des Pfandrechts[2]), des Konstituts[3]), der Novation[4]) oder zur Begründung einer Einrede, z. B. der Kompensation[5]).

Welche aber von den letzgenannten Wirkungen tatsächlich im Einzelfall vorhanden ist — die eine oder andere von ihnen ist immer vorhanden — das muß jedesmal besonders festgestellt werden. Die einzigen, stets gemeinsamen Kriterien sind eben nur: Klaglosigkeit und Ausschluß der condictio indebiti, d. h. also Erfüllbarkeit.

Nun ist aber noch zu beachten, daß der Ausschluß der condictio indebiti kein untrügliches Zeichen für eine naturalis obligatio ist, wie Julian und mit ihm Pernice anzunehmen scheinen[6]). Keineswegs läßt die Unzulässigkeit derselben stets auf die Existenz einer naturalis obligatio schließen; denn auch das, was der Sitte gemäß geleistet wurde, kann nicht zurückgefordert werden, und trotzdem haben wir es nicht mit einer naturalis obligatio zu tun. Diese Trennung hat zuerst Schwanert[7]) scharf durchgeführt, nachdem schon vor ihm Savigny[8]) darauf hingewiesen hatte, daß mehrere Fälle aus den Naturalobligationen — eben diese sittlichen und Anstandspflichten — besonders zu betrachten seien, da sie nur einzelne Erscheinungen derselben darbieten, nämlich nur die Klaglosigkeit und den Ausschluß der condictio indebiti.

Schwanert nennt diese sittlichen und Anstandspflichten naturales obligationes im nicht technischen Sinn im Gegensatz zu den engeren technischen Naturalobligationen. Im ersten Fall handelt es sich, wie er sagt,[9]) „um nicht rechtliche, des Rechtsgrundes entbehrende debita, um Pflichten, welche das Recht als solche nicht kennt, welche nach anderen als rechtlichen Grundsätzen Pflichten sind und daher auch höchstens insofern in Betracht kommen, als das Recht seine Behauptung der Nichtexistenz eines debiti nicht geltend macht gegenüber der ohne sein Zutun geschehenen Erfüllung derselben." Diese Behauptung macht es aber deshalb nicht geltend, weil mit der Gestattung der Rückforderung das Recht selbst zur Verletzung der sittlichen Pflicht die Hand bieten würde. Und das darf, weil es unsittlich ist, nimmer geschehen. Im zweiten Falle dagegen handet es sich um ein rechtliches debere[10]).

[1]) l. 6 § 2. l. 7, l. 16 § 3, l. 60 D. XLVI 1.
[2]) l. 5 pr., l. 14, § 1 D. XX 1.
[3]) l. 1, § 7 D. XIII 5.
[4]) l. 1, § 1 D. XILVI 2.
[5]) l. 6 D. XVI 2.
[6]) Pernice, Labeo III. S. 254.
[7]) Schwanert § 9, ähnlich Puchta, Institutionen § 268, Pandekten § 238 An. d) u. e); Wendt, Pandekten S. 441, Ziff. 4, Baron, Pand. § 230 Ziff. 5, Ryck, S. 25, auch Büchel, Bd. 2, S. 99.
[8]) Savigny, O. R. I, § 12.
[9]) Schwanert, S. 94.
[10]) Schwanert, S. 155.

Beide Gruppen sind aber erfüllbare Verhältnisse, insofern als der Ausschluß der condictio indebiti die gemachte Leistung als eine solutio erscheinen läßt. Während aber dieses Resultat bei den nicht technischen Naturalobligationen nur als eine Folgerung aus der besonderen Fassung der condictio indebiti dastand, indem dadurch die nicht technischen Naturalobligationen gleichsam nur nachträglich als zahlbare, erfüllbare anerkannt werden, gelten die technischen Naturalobligationen unmittelbar und schon vor der gemachten solutio als bestehende erfüllbare [1]).

Auf jeden Fall aber sind die sittlichen und Anstandspflichten den technischen Naturalobligationen als ähnliche Erscheinungen an die Seite zu stellen [2]).

Die meisten Naturalobligationen des römischen Rechts hatten nun schon auf Grund des Wandels der allgemeinen Lebens- und Verkehrsanschauung vor Einführung des B. G.-B. bereits ihre Anwendbarkeit verloren, so namentlich die wichtigsten, die der Sklaven und Hauskinder; wenige sind erhalten geblieben und in die Partikularrechte übernommen.

Unser preußisches Landrecht kennt allerdings den Begriff der Naturalobligation nicht, aber andrerseits trifft es doch eine Bestimmung, die unzweideutig auf die Spuren der gemeinrechtlichen Naturalobligationen schließen läßt. Es soll nämlich eine Leistung, die einer blos moralischen Verbindlichkeit oder einer unvollkommenen Pflicht entsprungen ist, auch dann nicht zurückgefordert werden können, wenn der Leistende irrtümlich, im Glauben zur Leistung genötigt werden zu können, geleistet hat. A.L.R. I 16 § 178, 179, vgl. II 3. § 23. Diese Regel findet dann noch ihre ausdrückliche Bestätigung bei einigen Einzelfällen, insbesondere bei der gezahlten Spielschuld, I 11 § 578, und bei der Leistung auf ein wegen Formmangels ungültiges Geschäft. I. 16 § 184 [3]) [4]).

§ 2.

Kennt das B.G.-B. die gemeinrechtlichen Naturalobligationen?

Wir kommen nun zum B.G.-B. Grundsätzlich gibt auch dieses ebenso wie das gemeine Recht allen Verträgen die Kraft, klagbare Schuldverhältnisse zu erzeugen. Aber gleichwohl kennt es wiederum wie dieses Fälle, wo es die Entstehung klagbarer Ver-

[1]) Schwanert, S. 223.

[2]) Vgl. §§ 4 und 7 unserer Darstellung.

[3]) vgl. Dernburg, preuß. Privatrecht, Bd. II, § 3, sowie Förster-Eccius I, § 61.

[4]) Verträge über 150 M. erforderten Schriftlichkeit, fehlte diese, so trat nicht Nichtigkeit ein, sondern nur Klaglosigkeit. Erfüllung heilte den Formmangel. vgl. Dernburg, preuß. Privatrecht Bd. I, § 98.

bindlichkeiten untersagt, dennoch aber den Parteiintentionen insoweit Rechnung trägt, als es sie nicht ohne jede rechtliche Wirkung läßt. Insbesondere läßt es sie mit der Folge erfüllbar sein, daß eine Rückforderung der geschehenen Leistung ausgeschlossen ist.

Obschon nun aber das B.G.-B. eine Reihe solcher klagloser Verbindlichkeiten kennt, hat es es dennoch unterlassen, gemeinsame Vorschriften für derartige Schuldverhältnisse aufzustellen und ihnen eine gemeinsame Bezeichnung zu geben. Dies läßt sich nur so rechtfertigen, daß diese Rechtsverhältnisse, welche das Gesetz enthält, einzeln entstanden sind und so gestaltet sind, wie das Interesse des einzelnen Falles es erforderte[1]). Und auch nur so läßt es sich erklären, daß die betreffenden Rechtsverhältnisse regellos durch das Gesetz zerstreut und in ihren Wirkungen nicht übereinstimmend sind.

Nun hat sich freilich die Wissenschaft bemüht, einen Sammelnamen für diese Erscheinungen aufzustellen. In Anlehnung an die Motive[2]), welche von unvollkommenen Obligationen sprechen, nennt Dernburg und mit ihm Crome[3]) diese Erscheinungen unvollkommene Verbindlichkeiten. Matthiaß[4]) hält den „farblosen Ausdruck" natürliche Verbindlichkeiten für besser, weil der Ausdruck unvollkommene Verbindlichkeiten die Vorstellung erweckt, als fehle es an einem wesentlichen Moment des Schuldverhältnisses. Für die Bezeichnung „natürliche Verbindlichkeiten" haben sich auch Enneccerus und Endemann[5]) entschieden. Ubbelohde[6]) spricht von klaglosen Schuldverhältnissen, was aber irreführend ist, da die formelle Klagbarkeit[7]) nicht zu bezweifeln ist.

Wir haben die Bezeichnung unvollkommene Verbindlichkeiten gewählt, schon deshalb, weil uns so die Gegenüberstellung mit den gemeinrechtlichen natürlichen Verbindlichkeiten übersichtlicher erscheint.

Es fragt sich nun, ob die unvollkommenen Verbindlichkeiten des B.G.-B. den gemeinrechtlichen Naturalobligationen entsprechen.

Im gemeinen Recht begriff man, wie wir sahen, mit dem Ausdruck naturales obligationes im technischen Sinn eine Anzahl verschieden gearteter Schuldverhältnisse, denen die Klaglosigkeit und der Ausschluß der condictio indebiti gemeinsam ist, und die außerdem noch gewisse, für jeden Einzelfall allerdings besonders festzustellende, rechtliche Wirkungen nach sich ziehen. — Diesen rechtlichen Verpflichtungen sind die sittlichen Pflichten in gewissem Sinne ähnlich.

[1]) Levy, S. 22.
[2]) Motive, Bd. II, S. 3.
[3]) Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. II, § 3; Crome, Bd. II, § 140.
[4]) Matthias, Bd. I, § 72 II.
[5]) Enneccerus, Bd. I, § 148, Endemann, Bd. I, § 99.
[6]) Ubbelohde, S. 216.
[7]) Endemann, Bd. I, § 99 Anm. 8, sowie unsere Darstellung § 2, S. 15.

Was gilt vom B.G.-B.? Ebenso wie die naturales obligationes des gemeinen Rechts, charakterisieren sich die unvollkommenen Verbindlichkeiten des B.G.-B. durch Klaglosigkeit und Ausschluß der condictio indebiti. Hatten aber die gemeinrechtlichen natürlichen Verbindlichkeiten daneben stets noch andere, freilich nicht in jedem Falle dieselben Wirkungen, so fehlen diese gänzlich den unvollkommenen Verbindlichkeiten des B.G.-B., abgesehen von der Verjährung. Ja, auch das Kriterium der Klaglosigkeit ist bei den Verhältnissen des B.G.-B. nicht so ganz zweifellos; denn es steht doch nichts im Wege, einen verjährten Anspruch klageweise geltend zu machen und ihn auch durchzusetzen. Der Richter hat weder die Pflicht noch das Recht, einen verjährten Anspruch auf Grund des eigenen klägerischen Vorbringens abzuweisen. Immer bedarf es erst der Einrede des Beklagten, um den Anspruch zu entkräften[1] [2]). Und in allen Fällen hält Endemann[3]) eine Feststellungsklage aus § 256 C.-P.-O. für zulässig, sofern nur das rechtliche Interesse nachgewiesen wird. Gleichwohl kann man m. E. auch für das B.G.-B. das Kriterium der Klaglosigkeit aufrecht erhalten, da es sich hier doch nur um eine formelle Klagbarkeit handelt.

Tut man dieses, spricht man also den betreffenden Rechtsverhältnissen Klaglosigkeit und Erfüllbarkeit, d. h. den Ausschluß der condictio indebiti zu, sieht man andrerseits von den sonstigen rechtlichen Wirkungen, wie sie die gemeinrechtlichen naturales obligationes regelmäßig haben, ab, so kann man auch im B.G.B. von Erscheinungen sprechen, die den gemeinrechtlichen technischen naturales obligationes wegen ihrer Klaglosigkeit und Erfüllbarkeit gleichartig sind. Und so sagt denn auch Stammler[4]) von den unvollkommenen Schuldverbindlichkeiten, daß ihr Begriff demjenigen entspricht, was die Römer mit naturalis obligatio bezeichneten: „Es sind rechtliche Verpflichtungen, die aber nicht eingeklagt werden können."

Diese gleichartigen Erscheinungen lassen sich nun wieder in zwei Gruppen zerlegen:

I. Die erste Gruppe umfaßt die Fälle unvollkommener Verbindlichkeiten, in welchen das Recht zwar die Klage verweigert,

[1]) Levy, S. 19.

[2]) Freilich hat auch im gem. Recht nach der herrschenden Ansicht der Richter die Verjährung nicht von Amtswegen zu berücksichtigen. Windscheid, Pand.-Bd. I, § 112, Anm. 1. Indes hier war es ja sehr streitig, ob die verjährte Forderung zu den nat. obl. zu zählen sei. — Aber auch wenn man sich für die nat. obl. entscheidet, so wird man, weil es sich nur um eine formelle Klagbarkeit handelt, das Kriterium der Klaglosigkeit aufrecht erhalten können.

[3]) Endemann, Bd. I. § 99, Anm. 8.

[4]) Stammler, S. 27.

den Verbindlichkeiten aber damit einen Makel nicht anhaftet, nämlich:

1. die verjährte Forderung,
2. die Ausstattung.

II. Die zweite Gruppe besteht aus den vom Gesetz mißbilligten unvollkommenen Verbindlichkeiten, nämlich:

1. dem Ehemäklerlohn,
2. Spiel, Wette und Differenzgeschäft.

Wie sich nun aber im gemeinen Recht neben den technischen naturales obligationes die sogenannten nichttechnischen naturales obligationes fanden, also insbesondere die sittlichen und Anstandspflichten, so giebt es auch im B.G.B. Fälle, die zwar die Kriterien der unvollkommenen Verbindlichkeiten, also Klaglosigkeit und Erfüllbarkeit, zeigen, diesen aber trotzdem nicht zugerechnet werden können[1]). Immerhin sind sie ihnen aber doch durch ihre Klaglosigkeit und Erfüllbarkeit ähnlich und deshalb als Erscheinungen aufzufassen, die den gemeinrechtlichen natürlichen Verbindlichkeiten ähnlich sind. Hierher gehören zwei Gruppen:

I. die sittlichen und Anstandspflichten;

II. eine Gruppe besonderer Fälle, nämlich:

1. die Fälle der Nichtigkeit, die durch Erfüllung heilbar sind, aus den §§ 313, 518, 766, sowie aus § 110;
2. die Forderung auf eine übermäßig hohe Vertragsstrafe, § 343;
3. der Anspruch des Besitzers einer fremden Sache oder einer fremden Erbschaft auf Ersatz von Verwendungen, §§ 1000, 2022.

Nicht einmal Aehnlichkeit mit den gemeinrechtlichen natürlichen Verbindlichkeiten hat das turpiter promissum des § 817[2]). Zwar kann auch dieses nicht eingeklagt werden, ebenso wie das zu seiner Erfüllung Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, wenn der Leistende selbst in turpitudine war. Aber hierbei handelt es sich doch um einen Verstoß gegen die guten Sitten, und in einem solchen Falle tritt unbedingt Nichtigkeit ein nach § 138 Abs. 1, sodaß also der Gedanke an eine naturalis obligatio garnicht aufkommen kann. Das Rückforderungsrecht ist lediglich deshalb ausgeschlossen, weil, si et dantis et accipientis turpis causa est, potior esse debet causa possessoris[3]). Stammler[4]) sieht freilich auch in diesem Falle eine Aehnlichkeit mit der naturalis obligatio.

[1]) Weshalb werden uns die §§ 7ff. zeigen.
[2]) Ubbelohde, S. 222 und Levy, S. 19.
[3]) Vgl. l. 8 D. XII 5.
[4]) Stammler, S. 30.

Besonderer Teil.

I. Die den gemeinrechtlichen Naturalobligationen gleichartigen Erscheinungen, die sogenannten unvollkommenen Verbindlichkeiten, zerfallend in:

1. Die nicht vom Gesetz mißbilligten:

§ 3.

a) Die verjährte Forderung;

Im gemeinen Recht war es außerordentlich bestritten, ob die verjährte Forderung eine naturalis obligatio übrig lasse oder nicht. Die Streitfrage beruhte auf der verschiedenen Auffassung von der Wirkung der Verjährung. Ueber den Gegenstand der Verjährung war man einig. Wie nach römischem Recht, so sollte auch im gemeinen Recht nicht das Recht selbst, sondern das aus ihm entspringende Klagrecht verjähren, und zwar das Klagrecht im materiellen Sinn entsprechend der römischen actio als ius quod sibi debeatur iudicio persequendi[1]), nicht etwa die Klaghandlung. Man sprach aber schlechthin von einer Verjährung der Klagen. Diese gemeinübliche Bezeichnung wollte Windscheid[2]) wegen des prozessualen Nebensinns des Wortes Klage durch Anspruchsverjährung ersetzt haben. Anspruch ist nach Windscheid[3]) das Recht, von einem anderen etwas zu verlangen. Es sollte das nur ein anderer Name sein und keinen sachlichen Unterschied bedeuten; denn der Anspruch ist, wie Windscheid[4]) selbst ausführt, — richtig verstanden — gleichbedeutend mit actio, d. h. dem Klagrecht im materiellen Sinn.

Anders aber war es mit der Auffassung von der Wirkung der Verjährung. Hier bedeuten die Ausdrücke Anspruchsverjährung und Klagenverjährung einen Gegensatz.

Im gemeinen Recht bestand nämlich ein heftiger Streit darüber, ob der Anspruch, der lange Zeit nicht geltend gemacht war, selbst verloren gehen soll oder nur seine Klagbarkeit.

---

[1]) l. 51 D. XLIV 7.

[2]) Windscheid, Pand. I. § 106; für die Bezeichnung Anspruchsverjährung entschieden sich auch Wächter, Pand. I., § 104, und Regelsberger, Pand. I., § 181.

[3]) Windscheid, Pand. I., § 43.

[4]) Windscheid, Pand. I., § 106, vgl. auch § 44.

Für die dinglichen Ansprüche hatte die Frage keine Bedeutung; denn da sich jedes dingliche Recht aus einer unbestimmten Anzahl von dinglichen Ansprüchen zusammensetzt, so geht, wenn auch einer dieser Ansprüche verjährt ist, damit doch nicht das dingliche Recht selbst unter. Es dauert vielmehr als klagloses gegenüber dem jetzigen Besitzer der Sache und seinen Successoren fort[1] [2]).

Von um so größerer Bedeutung ist aber die Frage für die obligatorischen Ansprüche; denn da das dem Anspruch zu grunde liegende persönliche Recht in dem Anspruch aufgeht, so muß der Untergang des Anspruchs auch sein Untergang sein, während man, wenn man nur den Untergang der Klagbarkeit des Anspruches annimmt, damit das Fortbestehen der Forderung als naturalis obligatio zugibt.

Beide Ansichten sind vertreten.

Für die stärkere Wirkung, die des völligen Untergangs des Anspruchs, entscheiden sich insbesondere Windscheid, Vangerow und Wächter[3]).

Nach ihrer Ansicht äußert der obligatorische Anspruch nach Vollendung der Verjährung keinerlei Wirkung mehr. Die ihm zu grunde liegende, sich mit ihm deckende Forderung kann nicht als klagloses Recht — naturalis obligatio — mehr fortbestehen. Es kann also der verjährte obligatorische Anspruch weder mittels Klage noch mittels Einrede geltend gemacht werden. Pfandrechte, Bürgschaften und sonstige Nebenrechte müssen erlöschen. Vor allem aber ist die Kompensation auszuschließen. Denn läßt man insbesondere diese zu, so ist damit der Zweck der Verjährung ganz vereitelt, da man dann immer eine verjährte Forderung noch zur Aufrechnung gegen eine später entstandene Forderung benutzen könnte[4]). Selbstverständlich ist auch das auf eine verjährte Schuld im entschuldbaren Irrtum Gezahlte mit der condictio indebiti rückforderbar[5]).

[1]) Windscheid, Pand. I., § 112, Vangerow, Pand. § 151.

[2]) Das Eigentum insbesondere erlischt nicht durch die Verjährung der rei vindicatio gegen den Besitzer, sondern erst durch Ersitzung. Gelangt die Sache in den Besitz des Eigentümers zurück oder in den eines Dritten, der nicht Besitznachfolger des Präskribenten ist, so bleibt die eingetretene Verjährung wirkungslos. Dernburg, Pand. I., § 150. Da aber nach gemeinem Recht, — anders nach B.G.B. — zur Verjährung der rei vindicatio, ebenso wie zur Ersitzung Redlichkeit gehörte, so hatte, wenn die Verjährung der rei vindicatio eingetreten war, sich regelmäßig auch die Ersitzung vollzogen, falls nicht die Sache ersitzungsunfähig war.

[3]) Windscheid, Pand. I., § 112; Wächter, Pand. I., § 108; Vangerow, Pand. I., § 151, vgl. auch Büchel, Band I, 1, und Bekker im Jahrb. des gem. R., Band 4, Nr. 14.

[4]) Arndts, § 277.

[5]) Baron, § 91.

Für die schwächere Wirkung der Verjährung, für die bloße Aufhebung der Klagbarkeit, haben sich insbesondere Savigny, Puchta und Dernburg[1]) entschieden. Nach ihnen zieht die Verjährung des Anspruchs nur die Unzulässigkeit seiner Geltendmachung im Klagewege nach sich. Es erhält sich daher die dem Anspruch zu grunde liegende Forderung als klaglose, aber zahlbare naturalis obligatio, dergestalt, daß eine auf sie geschehene freiwillige Erfüllung nicht als Schenkung betrachtet und daher auch nicht zurückgefordert werden kann, daß sie ferner Grundlage eines Anerkenntnisses, Pfandes und einer Bürgschaft bilden, endlich auch unbeschränkt zur Aufrechnung benutzt werden kann.

Das bedeutendste Argument für die schwächere Wirkung gibt der Umstand, daß anerkannt ist, daß Pfandansprüche trotz der accessorischen Natur des Pfandrechts zuweilen erst in längerer Zeitfrist[2]) verjähren, als die persönlichen Ansprüche, was doch unmöglich ist, wenn wirklich das ganze Recht erlischt[3]) [4]) [5]).

In neuerer Zeit hat der Streit dadurch an Schärfe verloren, daß beide Parteien einander Zugeständnisse gemacht haben, ohne daß sie freilich damit den von ihnen vertretenen Standpunkt aufgegeben haben. Die Anhänger der stärkeren Wirkung geben zu, daß freiwillige Erfüllung des verjährten Anspruchs nicht unter den Begriff Schenkung fällt[6]). Die Anhänger der schwächeren Wirkung schließen in Erkenntnis der Tatsache, daß unbeschränkte Aufrechnung den Zweck der Verjährung vereiteln würde, die Aufrechnung mit Gegenforderungen aus, welche bereits verjährt waren, als die Forderung, auf welche aufgerechnet werden sollte, entstand[7]) [8]).

Welchen Standpunkt nimmt nun das B.G.B. ein? Hat es sich der Wirkung nach für die Anspruchs- oder Klagenverjährung entschieden? Mit anderen Worten, erscheint hier die verjährte Forderung einer naturalis obligatio gleichartig oder nicht?

[1]) Savigny, System Band V, § 248—251. Puchta, Pand. § 92. Dernburg, Pand. I., § 150. Vgl. auch noch Eisele in Iherings Jahrb., Band 31, Seite 379, sowie Brinz, Kritische Blätter, Heft 3, Seite 14.

[2]) l. 7, C. VII, 39 und l. 2, C. VIII, 31.

[3]) Arndts, § 277.

[4]) Demgegenüber weisen freilich die Anhänger der stärkeren Wirkung darauf hin, daß auch sonst das Pfandrecht trotz des Untergangs der gesicherten Forderung fortbesteht: remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. l. 61, pr. D. XXXVI. 1. Dieser Satz bedeute Fortdauer der naturalis obligatio wegen des Pfandrechts und nicht Fortdauer des Pfandrechts wegen der naturalis obligatio. Windscheid, Pand. I., § 112, N. 5.

[5]) Die Gründe für und wider erörtert knapp und klar Vangerow, Pand. I., § 151.

[6]) Windscheid, Pand. I., § 112.

[7]) Dernburg, Pand. I., § 150. Vgl. auch Regelsberger, Pand. I., § 186, II, 1 und Anm. 8.

[8]) Eine gute Orientierung über den ganzen Streit giebt Arndts, Pand., § 277.

Der I. Entwurf hatte den Ausdruck Anspruchsverjährung in den Text des § 154 aufgenommen. Der II. Entwurf § 161 tut das zwar nicht mehr, ebensowenig das B.G.B. § 194 aber aus der Fassung geht unzweideutig hervor, daß sich das B.G.B. für die Anspruchsverjährung, also für die stärkere Wirkung entschieden hat. Die Motive[1]) begründen diese Annahme damit, daß der Rechtsfriede nur gewahrt sei, wenn der verjährten Forderung sowohl die klageweise wie die einredeweise Geltung versagt ist[2]).

Nach § 194 unterliegt das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen (Anspruch), der Verjährung. Und folgerichtig bestimmt § 224[3]), daß mit dem Hauptanspruch auch der Anspruch auf die von ihm abhängenden Nebenleistungen verjährt, auch wenn die für diesen Anspruch geltende besondere Verjährung noch nicht vollendet ist.

Also Ansprüche verjähren, dingliche wie persönliche, sämtlich, soweit nicht Ausnahmen im einzelnen gemacht sind, wie in den §§ 134, Abs. 2; 758, vgl. 2042; 898, vgl. 1138; 902 und 924[4]). Und weil nun die Verjährung gegen den Anspruch, nicht gegen das dem Anspruch zu Grunde liegende Recht als solches gerichtet ist, so folgt, daß letzteres von der Verjährung nicht berührt ist. Das gilt schlechthin von dinglichen Ansprüchen, soweit nicht auch hier wiederum vom Gesetz Ausnahmen geschaffen sind, wie in den §§ 901, 1028, 1090, wo ausdrücklich gesagt ist, daß das zu Grunde liegende Recht mit erlischt[5]).

Anders ist das bei den persönlichen Ansprüchen. Hier ist die Trennung von Recht und Anspruch bedeutungslos; denn da das Recht durch den Anspruch völlig erschöpft wird, muß es notwendig mit ihm untergehen. Ist nun aber der Untergang tatsächlich ein so vollkommener, wie es eine konsequent durchgeführte Anspruchsverjährung mit sich bringen müßte, oder äußert nicht vielmehr die verjährte Forderung noch Wirkungen, die sie einer gemeinrechtlichen naturalis obligatio gleichartig erscheinen lassen?

Vorauszuschicken ist, daß es überhaupt in das Belieben des Verpflichteten gestellt ist, ob er die Verjährungseinrede geltend machen will oder nicht. Das geht aus der Fassung des § 222 Abs. 1 hervor. Nach der Vollendung der Verjährung ist der Verpflichtete berechtigt, die Leistung zu verweigern. Er ist berechtigt zu verweigern. Ob er von dem Recht Gebrauch macht,

[1]) Motive Band I Seite 342, vgl. auch Seite 289.
[2]) Hierzu vgl. Haidlen zu § 222. Hölder im Archiv für die Praxis, Band 13, Seite 141 ff., sowie im Archiv für bürgerl. Recht, Band XI, Seite 217 ff. und Band 80, Seite 48.
[3]) Vgl. auch § 223, Abs. 3.
[4]) Hellmann, Seite 209.
[5]) Enneccerus, Band I, § 140 I 1.

ist seine Sache [1]). Macht der als Verpflichteter in Anspruch Genommene von dem gebotenen Schutze keinen Gebrauch, so liegt kein Grund vor, ihm denselben aufzudrängen [2]). Daher ist die Verjährung auch nicht von Amtswegen zu berücksichtigen [3]). Dies ist besonders beim Ausbleiben des Beklagten wichtig. Es findet dann gemäß § 331 C.-P.-O. Versäumnisverfahren gegen ihn statt, dies auch dann, wenn die Verjährung bekannt ist.

Also vom Belieben des Verpflichteten hängt es ab, ob der verjährte Anspruch untergehen soll oder nicht. Wenn es nun aber dem Verpflichteten beliebt, durch Vorschützen der Verjährungseinrede den Untergang des Anspruchs herbeizuführen, ist dann der Untergang ein vollkommener oder äußert der Anspruch nicht vielmehr auch jetzt noch und zwar nun gegen den Willen des Verpflichteten irgend welche Wirkungen [4])?

1. § 222, Abs. 2 S. 1 lautet: „Das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist". Damit ist eine Ausnahme von § 813 gemacht, der bestimmt, daß das zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete auch dann zurückgefordert werden kann, wenn dem Anspruch eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde. Daraus geht hervor, daß der Anspruch infolge der Verjährung noch nicht völlig beseitigt ist. Ist er aber als ausreichender Grund einer Leistung anerkannt, so ist damit klar zum Ausdruck gebracht, daß die verjährte Forderung zahlbar ist, daß die auf die Forderung erfolgende Leistung keine Schenkung ist [5]).

Wäre der Anspruch völlig untergegangen, wäre das obligatorische Recht völlig erloschen, so bestände eben keine Schuld mehr, und es gäbe auch gar keinen Grund, dem die condictio indebiti zu versagen, der eine vermeintliche Schuld in Unkenntnis ihres Nichtbestehens tilgt, wie es ja auch § 813 als Regelfall annimmt [6]).

2. Damit im Zusammenhang steht die weitere Vorschrift des zweiten Satzes des § 222 Abs. 2. Hiernach kann der Verpflichtete, welcher in Unkenntnis der Verjährung den Anspruch vertragsmäßig

---

[1]) Wenn aber auch der Schuldner selbst auf die Einrede verzichtet, so trifft dieser Verzicht nicht den Bürgen, da nach § 768 der Bürge nicht eine Einrede dadurch verliert, daß der Hauptschuldner auf sie verzichtet. § 768 Abs. 2.

[2]) Motive Bd. 1, S. 341; vgl. auch Hölder im Archiv für bgl. Recht, Bd. XI S. 242, Stargard, S. 44.

[3]) Eck, S. 80; Cosack, Lehrb. des bgl. R., Bd. I, § 74, IX, Ziff. 2.

[4]) Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 41, S. 328 ff.

[5]) Endemann, Bd. I, § 93 II, Ziff. 1, Matthiaß, Bd. I, § 64 I D.

[6]) Stargard, S. 38.

anerkannt oder Sicherheit dafür geleistet hat, die Aufhebung dieser Rechtsakte nicht fordern. Der verjährte Anspruch ist auf diese Weise wieder klagbar geworden [1]).

Indem auch hier wieder das B.G.B. von der Regel des § 812 Abs. 2 abgewichen ist, wonach derjenige, welcher durch die vertragsmäßige Anerkennung des Bestehens eines Schuldverhältnisses etwas ohne rechtlichen Grund verspricht, die Aufhebung des Anerkenntnisses fordern kann, gibt es abermals zu verstehen, daß tatsächlich der Anspruch nicht völlig beseitigt ist.

Was die Form des vertragsmäßigen Anerkenntnisses anlangt, so müssen herrschender Ansicht nach grundsätzlich die Formvorschriften des § 781 erfüllt sein. Es ist also schriftliche Erteilung der Anerkennungserklärung erforderlich [2]). Andrer Ansicht ist Rehbein [3]), der einen Anerkennungsvertrag, der nach den Formvorschriften der §§ 145 ff. — Antrag und Annahme — geschlossen ist, für ausreichend hält. Das gilt m. E. nur insoweit, als es sich um Schuldanerkenntnisse auf Grund von Abrechnungen oder im Wege des Vergleichs handelt, § 782, oder wenn der Anerkennungsvertrag unter Kaufleuten geschlossen wird, § 350 H.G.B.

In welcher Weise Sicherheit zu leisten ist, das ist in das Belieben der Parteien gestellt. Keineswegs sind sie an die Vorschriften der §§ 232 ff. gebunden, da diese ausdrücklich nur dann Anwendung zu finden haben, wenn die Sicherheit auf Grund des Gesetzes oder einer gerichtlichen Verfügung verlangt wird.

3. Eine weitere Abschwächung der Anspruchsverjährung findet sich in § 223: „Die Verjährung eines Anspruches, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht besteht, hindert den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstand zu suchen." Mit anderen Worten, die Pfandrechte bleiben bestehen, der Eigentümer kann gegen die Hypothek nicht die Einrede der Verjährung geltend machen, was ihm sonst nach § 1137 möglich wäre. Er kann also nicht aus § 1169 verlangen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichte. Ebensowenig steht dem Verpfänder die Einrede der Verjährung gegen den Pfandgläubiger zu, § 1211. Die Rückgabe des Pfandes aus § 1254 [4]) kann er nicht verlangen.

Nichts Sonderbares hat diese Bestimmung, soweit das B.G.B. von dem streng accessorischen Charakter der Hypotheken absieht,

[1]) Eck, S. 78.

[2]) Endemann, Bd. 1, § 93 II, Z. 2. Crome, Bd. 1, § 117, An. 10. Enneccerus, Bd. 1, § 140 III, Z. 2, An. 5.

[3]) Rehbein, S. 333 (vergl. aber auch Regelsberger in Iherings Jahrbüchern, Bd. 41, S. 338 ff. und dazu Enneccerus, § 140 II, Z. 3, An. 4).

[4]) Planck, Bd. I zu § 223 sub 2, S. 274.

soweit es diese also auch selbständig bestehen läßt. Auffallend ist aber, daß auch Sicherungshypotheken und Mobiliarpfandrechte, die doch beide streng accessorisch sind, vgl. § 1184 und § 1252, dem verjährten Anspruch eine genügende Unterlage für ein Pfandrecht geben. Wenn nun diese streng accessorischen Rechte noch nach der Vollendung der Verjährung erhalten bleiben, so ist damit doch anerkannt, daß der Anspruch, dem das Pfand dient, nicht untergegangen ist [1]).

In gleicher Weise wie das Mobiliarpfandrecht und die Hypothek, wird ein Recht behandelt, das zur Sicherung eines Anspruchs übertragen worden ist [2]). Bei solchen fiduciarischen Geschäften kann nach § 223 Abs. 2 die Rückübertragung auf Grund der Verjährung des Anspruchs nicht gefordert werden; eben aus dem Grunde, weil der Anspruch als nicht völlig erloschen anzusehen ist.

Es fragt sich nun, ob, wenn nach § 883 eine Vormerkung eingetragen ist, nach Verjährung des Anspruchs deren Beseitigung vom Verpflichteten verlangt werden kann oder ob der Berechtigte Einräumung des bezüglichen Rechtes fordern darf. M. E. wird der Verpflichtete Beseitigung der Vormerkung aus § 886 verlangen können, da ihm durch die Verjährung eine Einrede gegeben ist, durch welche die Geltendmachung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs dauernd ausgeschlossen ist. § 223 Abs. 2 findet insofern keine Anwendung, als eine tatsächliche Uebertragung des Rechts noch gar nicht erfolgt ist, sondern zunächst nur eine bloße Sicherung des Anspruchs auf Einräumung des Rechts vorlag [3]).

Zu Gunsten der Anspruchsverjährung spricht nun allerdings wiederum § 223 Abs. 3. Aus Zweckmäßigkeitsgründen sind nämlich die Vorschriften über die Hypothek, das Pfandrecht und die Fiducia für Rückstände von Zinsen und andere wiederkehrende Leistungen ausgeschlossen.

Auch der Bürge wird bei Verjährung der Hauptschuld nicht ohne weiteres frei. Aber er hat auf Grund des § 768 die Möglichkeit, die Leistung zu verweigern wie der Hauptschuldner, indem er die Verjährungseinrede vorschützt.

4. Die Wirkung der Verjährung ist schließlich in einigen Fällen noch ganz besonders dadurch abgeschwächt, daß der verjährte Anspruch noch zur Aufrechnung und als peremptorische Einrede verwendet werden kann, während regelmäßig die Geltend-

---

[1]) Enneccerus, § 140 III, Z. 3. Stargard, S. 40.

[2]) z. B. Das Eigentum an Wertpapieren zur Sicherung einer Forderung.

[3]) Planck, Bd. I, zu § 223 sub 2, S. 274, Levy, S. 67, vgl. auch Rehbein, S. 334.

machung verjährter Ansprüche ausgeschlossen ist [1]). Im Einzelnen gilt folgendes:

Nach § 390 S. 2 ist durch die Verjährung die Aufrechnung nicht ausgeschlossen, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt ist. Es kann demnach die Aufrechnung auch nach Verjährung der zur Aufrechnung gestellten Forderung geltend gemacht werden, sofern die andere Forderuug nicht erst nach vollendeter Verjährung fällig geworden ist, vgl. § 387. Und wird nun die Aufrechnung geltend gemacht, so wirkt sie auf den Augenblick zurück, wo sich die Forderungen aufrechnungsfähig gegenüber traten.

§ 390 S. 2 erleidet nun aber wieder eine Einschränkung durch den § 479. Danach kann nämlich der Anspruch auf Schadensersatz wegen Mängel einer gekauften Sache nur dann aufgerechnet werden, wenn der Käufer vor Ablauf der Verjährung dem Verkäufer den Mangel angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesandt oder ihm den Streit verkündet oder eine gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises [2]) beantragt hat.

Aber § 390 S. 2. kommt wieder zur Geltung, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, § 479 Abs. 2, oder es sich um Hauptmängel des verkauften Tieres handelt. § 490 Abs. 3, S. 2) [3]) [4]) [5]).

Nun kann, wie gesagt, die verjährte Forderung noch in einigen anderen Fällen als peremptorische Einrede benutzt werden [6]):

a) Trotz der Verjährung kann der Wandlungs- oder Minderungsanspruch noch einredeweise geltend gemacht werden gegen die Forderung auf den Kaufpreis oder Werklohn, wenn der Verkäufer oder Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hatte; wenn der Käufer oder Besteller vor der Verjährung eine Anzeige von dem Mangel an den Verkäufer oder Unternehmer abgesandt oder gerichtliche Beweisaufnahme beantragt oder ihm den Streit verkündet hat, § 478, 639, 651, endlich auch ohne diese Voraussetzungen beim Viehkauf, § 490.

---

[1]) Matthiaß, § 64 I D. und Stargard, S. 59.
[2]) Vgl. C.P.O. § 485 ff.
[3]) Vgl. auch § 639 und 651.
[4]) Stammler, S. 28.
[5]) Motive II 106, C. Meyer, S. 28. Indem die Aufrechnung vom Standpunkt der Billigkeit und Zweckmäßigkeit aus in oben geschilderter Weise zugelassen ist, ist man übrigens von den Motiven abgewichen, die es allgemein für ausgeschlossen erklärten, daß eine naturalis obligatio zur Aufrechnung benutzt werden könne, da nach den Prinzipien des Entwurfs die rechtliche Erzwingbarkeit der Forderung, welche zur Aufrechnung gebracht werden soll, vorausgesetzt ist.
[6]) Crome, Bd. 1, § 117, 2.

b) Nach § 821 kann, wer ohne rechtlichen Grund eine Verbindlichkeit eingeht, die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit verjährt ist.

c) Erlangt jemand durch eine von ihm begangene unerlaubte Handlung eine Forderung gegen den Verletzten, so kann dieser gemäß § 853 die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Aufhebung der Forderung verjährt ist.

Ziehen wir nun das Resultat!

Die Verjährung des B.G.B. will eine Anspruchsverjährung sein, tatsächlich aber macht sie der Klageverjährung soviel Zugeständnisse, daß man sie mit viel mehr Recht mit deren Namen bezeichnen könnte [1]).

Die angeführten Rechtswirkungen, die die Forderung auch noch nach ihrer Verjährung äußert, lassen keinen Zweifel, daß die verjährte Forderung eine der gemeinrechtlichen Naturalobligation des gemeinen Rechts gleichartige Erscheinung ist. Das Schuldverhältnis besteht trotz der Verjährung noch materiellrechtlich fort. Es liegt ein klagloses, aber erfüllbares Forderungsrecht vor [2]).

Schon § 222, der uns die Kriterien Klaglosigkeit und Erfüllbarkeit gibt, würde allein nach dem im § 2 unsrer Darstellung Ausgeführten zum Beweise der Gleichartigkeit genügen. Daß sich tatsächlich neben diesen beiden Kriterien noch andere rechtliche Wirkungen finden, das macht m. E. die verjährte Forderung der römischen naturalis obligatio sogar völlig identisch — abgesehen freilich von der formellen Klagbarkeit [3]).

§ 4.

β) Die Ausstattung.

Ein Analogon für die Ausstattung im B.G.B., § 1624, findet sich schon im corpus juris l. 32, § 2, D. XII 6. Die Stelle lautet:

„Mulier si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit:

---

[1]) Vgl. Eck, S. 78, Endemann, I 93, An. 6, Stargard, S. 60. Eine Verteidigung der Anspruchsverjährung haben unternommen, abgesehen von den Motiven I, S. 289, welche sich auf rein äußerliche Gründe beschränken, Hellmann, S. 207 ff. und vor allem Enneccerus, I § 132 III.

[2]) Endemann, I § 93 II, 4.

[3]) Hierzu bemerkt treffend Levy:

„Es ist doch seltsam, daß die Anspruchsverjährung, die im römischen R. fast gar keine Wirkungen hatte, so wenige jedenfalls, daß Streit darüber war, ob eine naturalis obligatio übrig bleibe, gerade im B.G.B. eine Gestaltung bekommen hat, die sie der römischen Naturalobligation am meisten nahe bringt."

Vgl. Levy, S. 61, An. 21.

sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest."

Die Ehefrau also, die sich ihrem Ehemann gegenüber zur Dosbestellung rechtlich für verpflichtet hielt, kann die gegebene dos nicht zurückfordern, weil sie noch immer ex pietatis causa verpflichtet bleibt.

Es hat sich nun ein Streit darüber erhoben, ob die zurückbleibende pietatis causa auf eine naturalis obligatio schließen lasse oder auf eine bloße sittliche Verpflichtung, aus welcher sich dann ohne Annahme einer naturalis obligatio die Unsittlichkeit der condictio ergäbe. Savigny[1]) sieht hierin einen Fall der naturalis obligatio, freilich einer solchen, die nicht im vollen Maße dafür gelten kann, sondern nur einzelne Erscheinungen derselben darbietet, nämlich nur Klaglosigkeit und Erfüllbarkeit. Puchta und Schwanert[2]) verneinen eine technische naturalis obligatio und nehmen eine bloße sittliche Verpflichtung an, die als solche der technischen naturalis obligatio nur ähnlich ist[3]).

Die Ausstattung des B.G.B. ist vor den übrigen sittlichen und Anstandspflichten vom Gesetz ausgezeichnet und zu einer unvollkommenen Verbindlichkeit, also zu einer der gemeinrechtlichen Naturalobligation gleichartigen, nicht nur ähnlichen Erscheinung erhoben[4]).

Inwiefern?

Nach § 1624 gilt das, was einem Kinde mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung von dem Vater oder der Mutter zugewendet wird (Ausstattung), auch wenn eine Verpflichtung nicht besteht, nur insoweit als Schenkung, als die Ausstattung das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter, entsprechende Maß übersteigt.

Hierzu bemerken die Motive[5]): Für die Erhebung der Ausstattungspflicht zu einer Verbindlichkeit, gleich der in § 1620 anerkannten Aussteuerpflicht, sprach die Sitte der Gewährung von Ausstattungen, namentlich gegenüber egoistisch denkenden und hartherzigen Eltern, zu stärken und auf diese Weise die Begründung neuer Hauswesen zu begünstigen; dagegen, daß die Eltern durch eine derartige klagbare Verpflichtung zu hart getroffen werden könnten.

[1]) Savigny, O.R. § 12, Z. 1. Vgl. auch „Brinz kritische Blätter", Heft 3, S. 25.

[2]) Puchta, Inst. II, § 268, An. h, sowie Pand. § 237, An. l.; Schwanert, S. 117 ff.

[3]) Vgl. § 1 unserer Darstellung.

[4]) Dernburg, bürgerl. R., Bd. II, § 3, S. 11; sowie Crome, Bd. I, 1, § 140, II. 4. Levy, § 9.

[5]) Motive, Bd. IV, S. 717.

Dem entsprechend nimmt § 1624 eine vermittelnde Stellung ein.

Nach § 1624 ist zunächst zu unterscheiden, ob die Eltern die Ausstattung zu einer vollgiltigen Verbindlichkeit erhoben haben oder nicht. Haben sie sich zu einer Ausstattung rechtlich verpflichtet, so kann das berechtigte Kind die Ausstattung einklagen. Es handelt sich dann um eine wahre Verbindlichkeit. Ist das nicht geschehen, besteht keine vollgiltige Verbindlichkeit, so ist die Ausstattung zwar nicht erzwingbar, es fehlt ihr die Klagbarkeit; wird sie aber gleichwohl gegeben und hält sie sich in den den Vermögensverhältnissen der Eltern entsprechenden Grenzen, so gilt sie nicht als Schenkung, während sonst die Erfüllung sittlicher Pflichten als Schenkung gedeutet werden muß[1]). Soll sie aber nicht als Schenkung gelten, so muß sie notwendig als Erfüllung einer Verbindlichkeit angesehen werden. Die Rückforderung ist also ausgeschlossen, dies natürlich auch dann, wenn sich der Geber irrtümlich zur Hingabe verpflichtet hielt[2]). Damit ist das Kriterium der Erfüllbarkeit nachgewiesen. Die Ausstattung ist demnach eine der gemeinrechtlichen naturalis obligatio gleichartige Erscheinung.

Da die Ausstattung in den Grenzen der Angemessenheit nicht als Schenkung gilt, so unterliegt sie natürlich auch nicht deren Regeln. Insbesondere ist das Versprechen der Ausstattung nicht der Formvorschrift des § 518 unterworfen. Besteht die Ausstattung in wiederkehrenden Leistungen, so erlischt die Verbindlichkeit nicht mit dem Tode des Elternteils, vgl. § 520; auch haftet der ausstattende Elternteil nicht nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, sondern für jedes Verschulden[3]), vgl. § 521.

In gewisser Weise wird allerdings wieder die Ausstattung als Schenkung angesehen. Einmal richtet sich nämlich laut § 1624, Abs. 2 die Gewährleistungspflicht des Ausstattenden, auch soweit die Ausstattung nicht als Schenkung gilt, nach den für die Gewährleistungspflicht des Schenkers geltenden Vorschriften. Das andere Mal spiegelt sich der Schenkungscharakter der Ausstattung darin wieder, daß Abkömmlinge, die nach § 1624 ausgestattet sind, falls sie als gesetzliche Erben berufen werden, und der Erblasser nichts Anderes bestimmt, einander kollationspflichtig sind, § 2050.

Dem Resultat tut dies natürlich keinen Abbruch. Die Ausstattung ist eine unvollkommene Verbindlichkeit und als solche den gemeinrechtlichen natürlichen Verbindlichkeiten gleichartig[4]).

---

[1]) Vgl. § 7 unserer Darstellung.

[2]) Anders Matthiaß, Bd. I, § 72 II E, der in diesem Falle die condictio indebiti für begründet hält. Aber es ist doch gerade das Wesen der unvollkommenen Verbindlichkeit, daß irrtümliche Erfüllung wie Erfüllung einer Verbindlichkeit wirkt. Meiner Ansicht ist auch Levy, S. 72, Anmerk. 3.

[3]) Planck, Bd. IV zu § 1624 sub 3, S. 377.

[4]) Vgl. Levy, § 9.

2. Die vom Gesetz mißbilligten:

§ 5.

a) Den Ehemäklerlohn;

Der Ehemäkelvertrag war im gemeinen Recht nach der herrschenden Ansicht unbedingt von rechtlicher Giltigkeit. Hatten natürlich im Einzelfall Unsittlichkeiten stattgefunden, so trat allerdings Nichtigkeit ein.

Dem folgten die Entwürfe des B.G.B.[1]). Später hat dann aber die Reichstagskommission, vielleicht beeinflußt durch Kohlers Aufsatz[2]): „Die Ideale im Recht", die Klagbarkeit des Ehemäkellohns als unvereinbar mit dem sittlichen Charakter der Ehe ausgeschlossen. Vor allem aber sollten die häßlichen Prozesse über den Ehemäkellohn in Zukunft ein für alle Mal vermieden werden[3]). Schlechthin für unsittlich, wie es Kohler that, dagegen hielt man die entgeltliche Heiratsvermittlung nicht, sondern eben nur für anstößig[4]).

In dem Sinne lautet denn auch § 656:

„Durch das Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Versprechens Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.

Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der andere Teil zum Zweck der Erfüllung des Versprechens dem Mäkler gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntnis."

Zunächst ist also nach Abs. 1 dem Ehemäkelvertrag die Klagbarkeit abgesprochen. Das folgt aus dem Wortlaut: „eine Verbindlichkeit wird nicht begründet"; denn nach der Sprechweise des B.G.B. enthält der Begriff Verbindlichkeit die Klagbarkeit[5]). Und zwar ist die Klagbarkeit von vornherein, nicht wie bei der verjährten Forderung erst infolge Einrede ausgeschlossen. Eine erhobene Klage muß daher von Amtswegen abgewiesen werden. Versäumnisverfahren ist demnach ausgeschlossen. Die Klagbarkeit kann aber auch dem Vertrage nicht durch Umwandlung in eine abstrakte Schuldform, sei sie ein Schuldanerkenntnis, ein Wechsel oder ein an Erfüllungsstatt gegebenes Versprechen beigelegt werden;

[1]) Vgl. hierüber Scherer, S. 900 sub 2; Motive II, S. 511.

[2]) Kohler im „Archiv für bürgerl. R.", Bd. 5, S. 161 ff. Vgl. auch Bd. 12, S. 317 ff.

[3]) Kommissionsbericht I, S. 94, 95.

[4]) Hachenburg, S. 56 ff. Cosack, Lehrb. des bürgerl. R., Bd. I, § 152 II 2.

[5]) Dernburg, bürgerl. R., Bd. II, § 31.

denn hier bliebe, wie Oertmann sagt[1]), in Wahrheit der alte gemißbilligte Versprechensgrund nur äußerlich hinter dem Formalakt verborgen.

Damit hätten wir das Kriterium der Klaglosigkeit festgestellt.

Wenn nun aber auch der Anspruch auf den Ehemäkellohn klaglos ist, so kann doch das auf Grund des Versprechens Geleistete nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat, § 656, Abs. 1, S. 2, mag sonst die Leistung in Kenntnis oder Unkenntnis der Unklagbarkeit geschehen sein[2]). Indem hier das Gesetz die condictio indebiti ausschließt — um diese handelt es sich doch wohl —, spricht es doch dem Ehemäkellohnanspruch Erfüllbarkeit zu, giebt also zu erkennen, daß hier eine unvollkommene Verbindlichkeit, eine der gemeinrechtlichen Naturalobligation gleichartige Erscheinung vorliegt[3]).

Kohler[4]) hält freilich die Rückforderung, wie im § 817, aus dem Grunde für ausgeschlossen, weil beiden Teilen wegen der stets unsittlichen Natur des Ehemakelvertrages Unsittlichkeit zur Last fällt, und weil, si et dantis et accipientis turpis causa est, potior esse debet causa possessoris[5]). Aber ganz abgesehen davon, ob der Ehemakelvertrag als solcher schon unsittlich ist, was hätte es dann noch der besonderen Anführung in § 656 bedurft, wenn der Ausschluß der Rückforderung schon aus § 817 erfolgt?

Wohlverstanden muß es sich aber, wenn die Rückforderung tatsächlich ausgeschlossen sein soll, um effektive Leistung handeln[6]). Dahin gehört nicht nur die Zahlung, sondern auch die Hinterlegung unter Verzicht auf Rücknahme, durchgeführte Aufrechnung und Hingabe an Zahlungsstatt, indem z. B. etwas durch Cession oder Erlaß einer Forderung zugewendet wird[7]). Nicht aber gehört dahin eine Vereinbarung, durch die der andere Teil zum Zweck der Erfüllung des Versprechens dem Mäkler gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, also z. B. ein bloßes Versprechen an Erfüllungsstatt, ein Schuldversprechen, ein Schuldanerkenntnis[8]) oder ein Wechsel[9]); denn laut Absatz 2 ist das blos Versprochene in einen Gegensatz zum tatsächlich Geleisteten gestellt.

Wenn daher zwecks Erfüllung des Versprechens ein Schuldschein oder eine Urkunde über das Schuldanerkenntnis ausgestellt ist, so kann die Schuld nicht nur nicht eingeklagt werden, sondern

---

[1]) Oertmann zu § 656, S. 384.
[2]) Stammler, S. 29.
[3]) Kuhlenbeck, § 43 a. E.
[4]) Kohler im Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. 12, S. 334.
[5]) Oertmann zu § 656, S. 384, 2a.
[6]) Crome, Bd. II, § 272, Z. 5c.
[7]) Kohler im Archiv f. bürgerl. R., Bd. 12, S. 334.
[8]) Anderer Ansicht ist Stammler, S. 29.
[9]) Vgl. Oertmann zu § 656, S. 384, 2c.

es kann auch die Rückgabe der Urkunde nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangt werden[1]), § 812, Abs. 2. Dasselbe gilt auch von dem Wechsel, den sich der Ehemäkler für die Vermittelung hat geben lassen. Indes ist hier zu beachten, daß die Einrede aus § 656, Abs. 2 dem dritten gutgläubigen Erwerber des Wechsels nicht entgegengesetzt werden kann. Vgl. Art. 82 A.W.Ordn.[2]).

Aber wenn auch effektiv geleistet war, so ist die Rückforderung nur aus dem Grunde ausgeschlossen, weil eine Verbindlichkeit nicht bestand. Daraus folgt, daß die Rückforderung aus anderen Gründen wohl gestattet ist, z. B. wegen Minderjährigkeit, Zwanges, Betrugs[3]). Indem also auf diese Weise im übrigen das Rechtsgeschäft selbst den allgemeinen Regeln über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit unterworfen ist, gibt das Gesetz doch auch das Vorhandensein einer, wenn auch unvollkommenen Obligation zu.

Andre Merkmale der technischen naturalis obligatio des gemeinen Rechts außer der Klaglosigkeit und Erfüllbarkeit weist der Ehemäkellohnanspruch nicht auf[4]). Es beruht dies darauf, daß die Verpflichtung überhaupt mißbilligt ist, und nicht blos wie bei der verjährten Forderung, auf Zweckmäßigkeitsgründen. Es kann demnach der Ehemäkellohnanspruch nicht die Grundlage eines Zurückbehaltungsrechts[5]), einer Bürgschaft oder einer Pfandbestellung bilden, ebensowenig kann er indirekt durch eine Vertragsstrafe erzwungen werden[6]).

Aber um die Gleichartigkeit des Ehemäkellohnanspruchs mit den gemeinrechtlichen natürlichen Verbindlichkeiten darzutun, ist das nach § 2 unserer Darstellung auch garnicht nötig.

Es fragt sich nun noch, ob auch andere Ansprüche des Ehemäklers, insbesondere wegen aufgewendeter Kosten, mit in den § 656 einbegriffen, d. h. klaglos und doch erfüllbar sind? Meines Erachtens ja; das Motiv, welches für den Ausschluß der Klagbarkeit des Ehemäkellohns bestimmend war, die Vermeidung der „den Familienfrieden störenden“[7]) Prozesse, liegt doch wohl auch hier vor; denn ohne Zweifel würden auch bei den Prozessen auf Ersatz der Verwendungen viele häßliche Dinge zur Sprache kommen[8]).

[1]) Die effektive Leistung hierauf kann natürlich nicht kondiziert werden.
[2]) Levy, S. 37.
[3]) Oertmann zu § 656, S. 384, 2b.
[4]) Vgl. Enneccerus, I, § 292 V, Z. 3.
[5]) Dernburg, bürgerl. R. II, § 57, An. 7.
[6]) Crome, II, § 178, 3a.
[7]) So Dernburg, bürg. R., Bd. II, § 339.
[8]) So auch Oertmann zu § 656, S. 384, 3; Dernburg, bürg. R., Bd. II, § 339 und Crome, II, § 272, 5c, An. 45. Für die Klagbarkeit solcher Ansprüche entschied sich dagegen Scherer, zu § 656, S. 901.

Dieser Grund fällt aber fort, wenn es sich um Einklagung der Insertionskosten für Heiratsannoncen handelt. Diese sind daher meines Erachtens einklagbar[1]). Freilich bei Verstoß gegen § 138, Abs. 1 tritt selbstverständlich auch hier Nichtigkeit ein.

Es ist auch noch die Frage aufgeworfen worden, ob ein Gesellschaftsvertrag betreffend Ehevermittelungen gültig abgeschlossen werden kann. Meines Erachtens ja, da ja der Ehemäkel als solcher nicht unsittlich ist. Wenn daher einem Ehemäkler, der einen Sozius hat, der Ehemäkellohn gezahlt ist und er sich weigert, seinem Sozius den gebührenden Anteil abzugeben, so steht nichts im Wege, daß dieser seinen Lohn einklage[2]).

§ 6.

β) Spiel und Wette; Differenzgeschäft.

A. Spiel und Wette.

Nach römischem Recht waren Spiele grundsätzlich verboten und nichtig. Spielschulden waren also unklagbar und das auf sie freiwillig Gezahlte rückforderbar.

Nach gemeinem Recht war das Spiel zwar nicht klagbar, aber es galt doch regelmäßig als erlaubt, und Rückforderung des Gezahlten war auf Grund deutschrechtlicher Ideen ausgeschlossen. Soweit freilich ausdrückliche Spielverbote bestanden, trat völlige Nichtigkeit ein; das Gezahlte konnte dann zurückgefordert werden[3]) [4]). Man wird also schon nach gemeinem Recht die Spielschulden wegen ihrer Klaglosigkeit und Erfüllbarkeit den technischen Naturalobligationen an die Seite zu stellen haben.

Die Rückforderung eines zu Spielzwecken gegebenen Darlehns war nach herrschender Ansicht ausgeschlossen[5]).

Wetten waren im römischen wie im gemeinen Recht grundsätzlich klagbar[6]).

Streitig war nun aber, was Wette und was Spiel sei. Thöl[7]) hält charakteristisch für das Spiel, daß die Parteien eine Tätigkeit entfalten müßten, die für den Ausgang des Spiels mit-

---

[1]) Oertmann zu § 656, S. 384, 3. Planck, Bd. II zu § 656, Z. 3, S. 400. Die Klagbarkeit halten auch hier für ausgeschlossen: Kohler im Arch., Bd. 12, S. 332 und Cosack, Lehrbuch des bgl. R., § 152 II.

[2]) L. Meyer, S. 46.

[3]) Dernburg, Pand. II, § 104.

[4]) Windscheid, Pand. II, § 419, betrachtet nicht blos als erlaubt, sondern auch als klagbar Spiele zum Zweck der geselligen Unterhaltung innerhalb der Grenzen derselben.

[5]) Vgl. aber auch Windscheid, § 420, 2.

[6]) Windscheid, Pand. II, § 419, 1. Dernburg, Pand. II, § 105.

[7]) Thöl, Bd. I, § 304.

bestimmend sei. Nach der herrschenden Ansicht[1]) war das Motiv maßgebend. Kam es den Parteien auf Erhärtung ihrer Ueberzeugung an, so lag Wette vor, war leitend die Gewinnabsicht, so lag Spiel vor. Dieser Unterschied läßt sich theoretisch leicht machen, stößt aber praktisch vielfach auf große Schwierigkeiten.

Das B.G.B. § 762 hat folgende Bestimmungen getroffen: „Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Spiels oder der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.

Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder einer Wettschuld dem gewinnenden Teil gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntnis."

Das bedeutet: Zunächst hat das B.G.B. Spiel und Wette einander gleichgestellt. Damit hat für das Civilrecht die Streitfrage darüber, was Spiel und was Wette sei, ihre praktische Bedeutung verloren[2]).

In Abs. 1 stellt B.G.B. die Kriterien der unvollkommenen Verbindlichkeit: Klaglosigkeit und Erfüllbarkeit auf.

„Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet." Aus dem Wortlaut[3]) folgt, daß damit den Spiel- und Wettschulden die Klagbarkeit abgesprochen ist. Es kann weder auf Vornahme des Spieles oder auf Einzahlung des Einsatzes, noch auf Auszahlung des Gewinnes geklagt werden. Natürlich kann die Klagbarkeit auch nicht durch Anerkennungsakte hergestellt werden, etwa durch ein Schuldanerkenntnis oder ein Schuldversprechen oder durch Umwandlung in eine Darlehnsschuld laut § 607 Abs. 2[4]). Die Tatsache, daß eine Verbindlichkeit nicht besteht, ist von Amtswegen zu berücksichtigen, insbesondere beim Versäumnisverfahren, sowie auch dann, wenn der Beklagte die Einrede aus dem Spiel oder der Wette nicht vorschützen will[5]).

Die Spiel- und Wettschulden können aber auch nicht zwangsweise aufgerechnet werden, da die Aufrechnung rechtliche Erzwingbarkeit der Forderung, welche zur Aufrechnung gebracht werden soll, voraussetzt[6]); denn nach § 387 kann nur dann jeder Teil seine

---

[1]) Dernburg, Pand. II, § 104, sowie Windscheid, Pand. II, § 419, An. 3.

[2]) Nicht aber für das Strafrecht, da strafbar nur das Glücksspiel ist. Vgl. §§ 284; 285; 360, 14; St.G.-B. Crome II. § 289, An. 10.

[3]) Vgl. unsern § 5, S. 28.

[4]) Vgl. unsern § 5, S. 28 ff., dazu Dernburg, bgl. R., Bd. II § 212, Enneccerus, I § 320, II 2. Endemann, § 187 I b Z. 2.

[5]) Planck, zu § 762, 1 b, S. 503, Endemann, I, § 187, I b 2, Enneccerus, I § 320, Z. 4.

[6]) Motive II, S. 106 u. 644.

Forderung gegen die Forderung des andern Teils aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern kann. Es wird daher der Verlierer aufrechnen können, nicht aber der Gewinner[1] [2]). Die Zahlung der Spielschuld kann auch nicht indirekt durch eine Vertragsstrafe erzwungen werden[3]). Ebenso wenig können Spiel- und Wettschulden die Grundlage einer Bürgschaft, einer Pfandbestellung oder eines Zurückbehaltungsrechts bilden[4]). Desgleichen ändert auch der Vertrag, in dem die Spiel- oder Wettschuld ihrem Betrage nach vergleichsweise festgestellt wird, den Charakter der Schuld nicht. Ein solcher Vertrag ist unwirksam[5]).

Wenn aber auch Spiel- und Wettschulden unklagbar sind, so kann doch andererseits das Geleistete nach Abs. 1 S. 2 nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestand.

Wie hat man sich nun die Unklagbarkeit und den Ausschluß der Rückforderung zu erklären?

Sind das Folgen des unsittlichen Charakters des Spiels oder der Wette?

Den Grund der Unklagbarkeit sagt uns der Bericht der zweiten Kommission[6]): „Die Unklagbarkeit beruht auf der Auffassung, daß das Spiel und die sich aus ihm ergebenden Beziehungen der Spieler dem Gebiete der Sitte, nicht dem des Rechts angehören, daß der Spielvertrag nicht ein der rechtlichen Regelung zu unterwerfendes Verkehrsgeschäft sei." Dieses Ablehnen beruht also offenbar nicht auf der Idee, daß Spiel und Wette unsittliche Geschäfte sind. Man darf nur nicht das Spiel wegen seiner unwirtschaftlichen Tendenzen als eine rechtlich ausreichende causa zur Erzwingbarkeit einer Vermögensübertragung gelten lassen, weil eben ein des Rechtsschutzes würdiges Interesse nicht vorliegt[7]). Andererseits soll man aber auch die Volksempfindung berücksichtigen, die eine freiwillige Erfüllung der Spiel- und Wettschulden verlangt, aber dem Gewinner es verargt, der seinen Gewinn beitreiben will[8] [9]).

---

[1]) Dernburg, bgl. R., Bd. II, § 212, I 2., An. 2.

[2]) Vertragsmäßige Aufrechnung ist selbstverständlich zulässig, ebenso wie Spielschulden gegen Spielschulden aufgerechnet werden können. Ennecerus I § 320, II 2.

[3]) Crome, Bd. II, § 178, sowie § 289, Z. 2.

[4]) Fischer, Henle zu § 762 sub 3, vgl. auch Dernburg, bgl. R. III § 266, I 3, Bd. 2, § 212, I 2

[5]) Planck, Bd. II zu § 762, 1a, S. 503, und Crome, § 289, Z 2.

[6]) Protokolle II 797.

[7]) Endemann, Bd. I § 187a.

[8]) Hachenburg, S. 53.

[9]) Die Motive II S. 644 bemerken noch, daß sich der Ausschluß der Rückforderung auch deshalb empfehle, weil Prozesse über Spiel- und Wettschulden überhaupt nicht zuzulassen seien.

All' diesem konnte das B.G.B. nicht besser gerecht werden als dadurch, daß es den Spiel- und Wettvertrag zu einem Vertrag, welcher nicht klagbar, aber wohl erfüllbar ist, d. h. zu einer unvollkommenen Verbindlichkeit machte. Und nur so läßt sich der Ausschluß der Rückforderung erklären, nicht aber folgt er aus den Grundsätzen, die für § 817, vgl. § 138 Abs. 1, maßgebend sind, nach denen ein gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft nichtig ist, das auf Grund eines solchen Rechtsgeschäfts Geleistete aber nicht zurückgefordert werden kann, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt [1]). — Der Ausschluß der Rückforderung ist vielmehr ein Beweis der Erfüllbarkeit der Spiel- und Wettschulden.

Wie beim Ehemäkellohn muß aber auch hier, wenn die Rückforderung ausgeschlossen sein soll, effektiv geleistet sein. Das Eingehen einer neuen Verbindlichkeit zwecks Erfüllung der klaglosen Spiel- oder Wettschuld gilt nicht als Leistung, § 762 Abs. 2 [2]). Diese neu eingegangenen Verbindlichkeiten sind also nicht nur klaglos, sondern es können auch die etwa über dieselben ausgestellten Urkunden, z. B. die Urkunde über ein Schuldversprechen, ein Schuldanerkenntnis oder ein Wechsel kondiziert werden, sie müßten denn an einen gutgläubigen Dritten gekommen sein [3]). § 812 Abs. 2.

Effektive Leistung andrerseits bewirkt unbedingten Ausschluß der Rückforderung, einerlei, ob die Leistung in Kenntnis oder Unkenntnis der Unklagbarkeit geschehen war. Selbst den Erben des Schuldners, welche in Unkenntnis von dem wirklichen Entstehungsgrunde die Schuld geleistet haben, ist die Kondiktion zu versagen. Gerade darin offenbart sich das Wesen der unvollkommenen Verbindlichkeit, daß irrtümliche Erfüllung wie Erfüllung wirkt, mag nun der Irrtum ein Rechtsirrtum oder ein tatsächlicher Irrtum sein [4]).

Die Rückforderung des effektiv Geleisteten ist aber auch hier wie beim Ehemäkellohn [5]) nur aus dem Grunde ausgeschlossen, weil eine Verbindlichkeit nicht bestand. Aus anderen Gründen wird also auch hier

[1]) Planck, Bd. II zu S. 500 sub I, Meyer, S. 32, vgl. auch unsern § 5 S. 29.

[2]) Die hierauf erfolgte Leistung kann natürlich ebensowenig kondiziert werden. Vgl. Matthiaß I, § 130, und unsern § 5, S. 29.

[3]) Oertmann zu § 762, S. 487 Z. 3. Kuhlenbeck, II Teil § 48, S. 327, Dernburg, bgl. R., Bd. II, § 212. I Z. 1. Crome II, § 289 An. 19.

[4]) Motive II, S. 644, Crome II 289, An. 25, Planck, II zu § 762, 2a S. 504; anderer Ansicht sind Scherer zu 762, S. 1073, und Hachenburg, S. 55. „Selbstverständlich muß die Leistung auf Grund des Spieles erfolgen. Nimmt der Schuldner einen andern Rechtsgrund irrtümlich als vorhanden an, so wird die Rückforderung bestehen."

[5]) Unser § 5, S. 30.

die Kondiktion erhalten bleiben [1]). So kann kondiziert werden wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit, wegen Zwanges und Betruges, insbesondere im Zweifel auch dann, wenn ein Spiel verboten ist [2]), § 134, oder einen unsittlichen Inhalt hatte, § 138. Die Zulässigkeit der Rückforderung folgt dann aus den allgemeinen Grundsätzen des § 812, vgl. auch 817, insofern als der zu Grunde liegende Spielvertrag in diesen Fällen überhaupt hinfällig ist [3]).

Weitere Wirkungen äußert der Spiel- bezw. Wettvertrag nicht. Aber die Klaglosigkeit und Erfüllbarkeit allein genügen ja schon, um ihn den gemeinrechtlichen naturales obligationes gleichartig erscheinen zu lassen.

Im Anschluß hieran sind noch einzelne Fragen zu erörtern, über die das B.G.B. keine Auskunft giebt.

1. Ist die Rückforderung zulässig, wenn der Betrag des Verlustes im Voraus zu gunsten des Gewinners bei einem dritten unter Verzicht der Rücknahme hinterlegt oder dem Gegner unter der Bedingung des Gewinnes übereignet ist, falls nachher der Gewinn eintritt? Vgl. § 762, Abs. 1, S. 2.

Die Frage ist zu verneinen. Darauf kann es doch nicht ankommen, ob vor oder nach der Entscheidung des Spieles geleistet wurde, wofern überhaupt nur effektiv geleistet wurde [4]). Andere lassen hier die condictio indebiti zu, weil deren Ausschluß weiter nichts bedeuten würde, als eine zwangsweise Erfüllung, die durch § 762 gerade ausgeschlossen sein soll [5]). Sind natürlich Spiel und Wette nicht ausgetragen, so hat der Leistende zweifellos die Rückforderung, dies auch dann, wenn der Leistende selbst den Austrag des Spiels vereitelt hat. Und zwar ist hier die Rückforderung gegeben aus § 812 wegen Nichteintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolges. Nicht entgegengehalten werden kann dem Leistenden, daß er den Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben verhindert hat, vgl. § 815. Denn da er nach § 762 überhaupt nicht verpflichtet war, kann die Erklärung, daß er die zur Entscheidung des Spiels notwendige Mitwirkung ablehne, nicht als eine Vereitelung des Erfolges wider Treu und Glauben angesehen werden [6]).

---

[1]) Oertmann, zu § 762, S. 487, Z. 2. Scherer zu 762, S. 1071.

[2]) Vgl. St.G.B. § 284, 285. Soweit natürlich strafrechtliche Verbote lediglich polizeilichen Charakter tragen, haben sie auf die zivilrechtliche Beurteilung keinen Einfluß; vgl. z. B. § 360, 14. Crome, II § 289, An. 11. Endemann, I § 187, b 1.

[3]) Endemann, I § 187 b.

[4]) Cosack, Lehrb. d. bgl. R. I § 156, II 2b. Oertmann zu § 762 1, a u. b; E. Meyer, S. 40. Scherer zu § 762 S. 1071.

[5]) Dernburg, bgl. R., Bd. II § 212 I 3. Crome, Bd. II § 289 sub 2 u. An. 29 u. 30. Levy, S. 44.

[6]) Planck II zu § 762 2b S. 504. Vgl. auch Matthiaß § 130 I B.

2. Ist die Rückforderung des auf Grund einer Wette Geleisteten zulässig, wenn ein Teil von der Gewißheit des Gegenstandes der Wette unterrichtet war[1]) und dieses dem andern nicht angezeigt hatte? Nein, es müßte denn den Empfänger der Vorwurf der Unredlichkeit treffen[2]).

3. Zweifelhaft ist auch die Stellung von Geschäften, die mittelbar der Förderung des Spieles dienen oder mit ihm zusammenhängen, sofern sie sich nicht auf direkt verbotene, unerlaubte Spiele beziehen, in welchem Falle sie selbstverständlich nichtig sind. Dahin gehören das zu Spielzwecken gegebene Darlehn, der Auftrag zum Spiel und der Gesellschaftsvertrag zu Spielzwecken. Als Richtschnur wird der Satz dienen können, daß ein Vertrag zur Förderung erlaubter Spiele nicht gegen die guten Sitten ist, da das erlaubte Spiel kein unsittliches Geschäft ist.

a) Es wird daher ein zu Spielzwecken gegebenes Darlehn grundsätzlich klagbar sein[3]). Freilich kann hierin leicht ein wucherisches oder sonst unsittliches Geschäft liegen, wodurch dann natürlich die Klagbarkeit ausgeschlossen wird[4]). Insbesondere wird die Klagbarkeit dann ausgeschlossen sein, wenn das Darlehn gerade vom Gegner an Ort und Stelle zwecks unmittelbarer Fortsetzung des Spiels aufgenommen wird. Darin liegt nur eine kreditierte Spielschuld[5]). Unzweifelhaft ist aber ein Darlehn zur Bezahlung der Spielschulden klagbar[6]).

b) Ist ein Auftrag zu Spielzwecken gegeben, so wird man meines Erachtens zu unterscheiden haben, ob der Beauftragte den Auftrag schon ausgeführt hat oder nicht. Ist der Auftrag ausgeführt, so wird der Beauftragte dem Auftraggeber zur Herausgabe des Gewonnenen verpflichtet sein und andrerseits der Auftraggeber dem Beauftragten zum Ersatz seiner Auslagen, insbesondere des Spielverlustes. Warum sollte das auch nicht so sein? Einmal ist doch das Spiel nicht unsittlich und dann kann doch auch der Auftrag rein tatsächlicher Natur sein[7]). § 762 betrifft nur das Spiel selbst, seine Vorschriften gelten nur im Verhältnis zwischen dem Beauftragten und dessen Kontrahenten. Ist allerdings der Auftrag noch nicht ausgeführt, hat also das Spiel noch nicht stattgefunden, so wird der Beauftragte zur Ausführung des Auftrags nicht an-

[1]) Sogenannte Wette à coup sûr.
[2]) Motive II S. 646. Planck, Bd. II zu § 762 2b S. 504.
[3]) Cosack, Lehrbuch d. bgl. R. I § 156, II 2b; anderer Ansicht ist Scherer zu § 762 S. 1074.
[4]) Fischer, Henle zu § 762 sub 6.
[5]) Motive II S. 646. Oertmann zu § 762 S. 488 sub 2. Crome, Bd. II § 289, 3.
[6]) Endemann, I § 187 An. 7. Dernburg, bgl. R., Bd. II § 213 III. Planck zu § 762 III S. 502.
[7]) Oertmann zu § 762 sub 2. Matthiaß, § 130 B. Levy, S. 45.

gehalten werden können, ebensowenig wird gegen ihn einer Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Auftrags stattgegeben werden dürfen[1] [2]).

c) Entsprechendes gilt von einer Gesellschaft, deren Zweck es ist, ihren Mitgliedern die Gelegenheit zu erlaubten Spielen zu verschaffen. Sie wird rechtsverbindlich begründet werden können, die Mitgliederbeiträge sind einklagbar, Verteilung des Gesellschaftsgewinnes kann verlangt werden. Einem Verein mit diesem Zweck wird die Eintragung in das Vereinsregister nicht versagt werden dürfen[3] [4]).

Dem Spiel und der Wette sind gleichgestellt die staatlich nicht genehmigten Lotterie- und Ausspielverträge, § 763: „Ein Lotterie- oder ein Ausspielvertrag ist verbindlich, wenn die Lotterie- oder die Ausspielung staatlich genehmigt ist. Andernfalls finden die Vorschriften des § 762 Anwendung."

Unter Lotterie versteht man ein Unternehmen, welches den Abschluß von Verträgen mit mehreren bezweckt, vermöge deren sie eine bestimmte Einzahlung zu leisten haben, wogegen ihnen gemäß des Lotterieplanes und je nach der Glückschance Gewinne und Nieten zu teil werden. Bestehen die Gewinne nicht in Geld, sondern in besonders bezeichneten Sachen, so spricht man von Ausspielung[5]).

Wie das Spiel, so zeigen auch diese Verträge einen unwirtschaftlichen Charakter, weshalb auch sie nicht als eine rechtlich ausreichende causa zur Erzwingbarkeit einer Vermögensübertragung angesehen werden. Gefährlich sind allerdings die Verträge in der Regel nur den Spielern, nicht den Unternehmern[6]). Aber das genügt ja.

Aber nur staatlich nicht genehmigte Lotterien sind wie Spiel und Wette zu behandeln. Die staatlich genehmigten sind voll verbindlich, mögen sie nun öffentliche, d. h. einem weiteren Kreise zugängliche, oder private, d. h. in einem durch persönliche Bekannt-

---

[1]) Crome, II § 289, 3, bes. An. 36.

[2]) Nach anderer Ansicht ist dagegen der Auftrag wie das Spielgeschäft selbst zu behandeln, da der Auftrag nur zur Umgehung der Bestimmungen über die Klaglosigkeit der Spielgeschäfte diene. Der Beauftragte kann Erstattung des Verlustes nicht verlangen. Dernburg, bgl. R., Bd. II § 212 II. Cosack, Lehrb. des bgl. R., Bd. I § 156, II 2b. Planck, II vor § 762 S. 503 III. Letzterer weist auf die Analogie des Börsengesetzes hin, § 66 Abs. 2, wonach Aufträge sowie Vereinigungen zum Abschluß von Börsenterminegeschäften den Börsenterminegeschäften gleichgestellt sind.

[3]) Hachenburg, S. 53, vgl. auch Crome, Bd. II § 289, 2.

[4]) Nach Cosacks Ansicht muß es sich hier um Spiele ohne Einsatz, „um die Ehre" handeln. Lehrbuch des bgl. R., Bd. I § 156 I, 2a.

[5]) Dernburg, Bgl. R., Bd. II § 214.

[6]) Crome, Bd. II § 290 I.

schaft, Beruf oder ähnliche Verhältnisse begrenzten Personenkreise veranstaltete, sein[1]). Hier kann der Unternehmer auf Zahlung des Einsatzes, der Spieler auf Vornahme der Ziehung in der vertragsmäßigen Zeit und Auszahlung des Gewinnes klagen[2]).

Anders bei nicht genehmigten Lotterieen. Sind diese öffentlich, so sind sie schlechthin nichtig nach § 134, denn der Staat hat für diese das Monopol für sich in Anspruch genommen. Vgl. St.G.B. § 286. Das auf Grund eines solchen Lotterievertrages Gezahlte ist daher nach § 812, vgl. auch § 817, kondizierbar[3]).

Die Vorschriften über Spiel und Wette finden also nur Anwendung bei privaten Lotterien. Daher findet hier aus dem Vertrag vor effektiver Leistung in keiner Hinsicht ein Rechtszwang statt, während andererseits das auf Grund des Vertrages effektiv Geleistete nicht rückforderbar ist. Nur diese Lotterien erzeugen eine unvollkommene Verbindlichkeit und sind daher den gemeinrechtlichen Naturalobligationen gleichartig[4]).

B. Differenzgeschäft.

§ 764 bestimmt:

„Wird ein auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautender Vertrag in der Absicht geschlossen, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teile an den gewinnenden gezahlt werden soll, so ist der Vertrag als Spiel anzusehen. Dies gilt auch dann, wenn nur die Absicht des einen Teiles auf die Zahlung des Unterschiedes gerichtet ist, der andere Teil aber diese Absicht kennt oder kennen muß."

Von dem Gesichtspunkte ausgehend, daß Spekulationen so weit wie möglich eingeschränkt werden müßten, hat das B.G.B. sich nicht begnügt, das Differenzgeschäft nur für den Fall des vertragsmäßigen Ausschlusses der effektiven Lieferung (sogenanntes reines Differenzgeschäft) dem Spiele gleich zu behandeln, sondern es tut das schon dann, wenn beide Teile oder wenigstens der eine unter Kenntnis und Billigung des anderen — wobei Kennen-Müssen dem Kennen gleichsteht — die Absicht haben, das geschlossene Lieferungsgeschäft durch Differenzzahlung zu erledigen (sogenanntes verdecktes Differenzgeschäft)[5]). Und in der Tat ist diese Ausdehnung unbedingt nötig, da ja reine Differenzgeschäfte so gut wie garnicht vorkommen werden[6]).

[1]) Dernburg, bgl. R., Bd. II § 214 II.
[2]) Crome, Bd. II § 290 I 1.
[3]) Motive II S. 648. Endemann, Bd. I § 188, 1a.
[4]) Enneccerus, Bd. II § 321, I 3.
[5]) Dernburg, bgl. R., Bd. II § 213 I.
[6]) Motive II S. 647.

Allerdings werden nun die Parteien bei einem Lieferungsgeschäft immer mindestens nebenbei auf die Zahlung des Unterschiedes zwischen dem vereinbarten Preise und dem Preise der Lieferungszeit abzielen, wodurch an sich alle Lieferungsgeschäfte dem Spieleinwand unterliegen würden[1]). Aber das kann doch nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein. Nicht die bloße Nebenabsicht setzt das Lieferungsgeschäft dem Differenzeinwand aus, sondern den Parteien muß es vornehmlich und hauptsächlich auf Zahlung der Differenz und nicht auf effektive Leistung ankommen[2]).

Ob nun diese Absicht und das Kennen oder Kennen-Müssen derselben auf der anderen Seite vorliegt, ist Tatfrage. Anhaltspunkte werden geben die Größe der Lieferung, die vorhandenen Warenbestände, die Persönlichkeit, der Beruf der Vertragschließenden und Aehnliches[3]).

Ist aber die Absicht festgestellt, so finden die Regeln des Spiels Anwendung, es entsteht also eine unvollkommene Verbindlichkeit, also eine der technischen naturalis obligatio des gemeinen Rechts gleichartige Erscheinung[4]).

Im Interesse der Kaufleute sind für sie nicht die Vorschriften des § 764 maßgebend, sondern die des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896, vgl. Art. 14, 5 E.G. H.G.B. Danach sind Börsentermingeschäfte, die abgeschlossen werden zwischen Kaufleuten, die in das Börsenregister eingetragen sind, voll wirksam, der Spieleinwand ist ausgeschlossen, § 69 des Börsengesetzes. Der Anspruch auf die Differenz ist einklagbar, er kann anerkannt, durch Wechsel, Pfand oder Bürgschaft gesichert werden. Waren aber die Parteien zur Zeit des Geschäftsabschlusses nicht in das Börsenregister eingetragen, so wird analog § 764 B.G.B. in dem Falle laut § 66 des Börsengesetzes ein Schuldverhältnis nicht begründet. Die Unwirksamkeit erstreckt sich mit auf die bestellten Sicherheiten und die abgegebenen Schuldanerkenntnisse. Eine Rückforderung dessen, was bei oder nach völliger Abwickelung des Geschäftes zu seiner Erfüllung geleistet worden ist, findet nicht statt. Kurz, es liegt auch hier eine unvollkommene Verbindlichkeit, eine der technischen naturalis obligatio des gemeinen Rechts gleichartige Erscheinung vor[5])[6]).

---

[1]) So deduzierte in der Tat Cosack in seinem Handelsrecht, 4. Aufl. S. 401, anders aber in der 5. Auflage.

[2]) Dernburg, bgl. R., Bd. II § 213 II.

[3]) Enneccerus, Bd. I § 321 II 2, Endemann, I § 187, 3. Planck, II zu § 764, 2, S. 507.

[4]) Vgl. Oertmann zu § 764 S. 490 sub 3.

[5]) Dernburg, bgl. R., Bd. II § 213 III.

[6]) Aus § 66 u. 69 des Börsengesetzes folgt übrigens, daß, wenn ein Teil eingetragen ist, der andre nicht, zwar der nicht eingetragene den Spieleinwand geltend machen kann, nicht aber der eingetragene. Vgl. Levy S. 48.

II. Die den gemeinrechtlichen Naturalobligationen ähnlichen Erscheinungen, zerfallend in:

§ 7.

1. Die sittlichen und Anstandspflichten.

Schon im gemeinen Recht pflegte man seit Schwanert besonders die sittlichen und Anstandspflichten von den naturales obligationes im technischen Sinn zu trennen[1]). Immerhin gestand man aber zu, daß sie den technischen Naturalobligationen ähnlich sind, insofern sie im Recht als triftige Motive, als genügende causa einer Zahlung anerkannt werden, sodaß die condictio indebiti ausgeschlossen ist. „Was die Sitte fordert, — schreibt Dernburg[2]) — bildet wenigstens in dem Sinne eine Naturalobligation, daß das ihr gemäß Geleistete nicht zurückgefordert werden kann." Ein allgemeines Prinzip hierfür war zwar in den Quellen nicht ausgesprochen, aber man glaubte dies entnehmen zu dürfen aus den einzelnen in ihnen entschiedenen Fällen[3]).

Wohl aber hat nun das B.G.B. im § 814 ausdrücklich ganz allgemein die condictio indebiti überall da ausgeschlossen, wo die irrtümlich erfüllte Verbindlichkeit einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht. § 814 lautet nämlich: „Das zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, ... wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach."

Die Aufnahme dieser Bestimmung erfolgte erst im zweiten Entwurf[4]). Leitend war der Gedanke, daß, wenn von dem Leistenden selbst ein der Sittlichkeit entsprechender Zustand hergestellt ist, es nicht angeht, diesen mit rechtlichen Mitteln wieder rückgängig zu machen.

Geschähe dies dennoch, so würde das sittliche Bewußtsein des Volkes verletzt werden, und dazu darf das Recht nicht seine Hand bieten[5]).

Dem kam der Gesetzgeber dadurch nach, daß er den sittlichen und Anstandspflichten die beiden Hauptkriterien der unvollkommenen Verbindlichkeiten beilegte: die Klaglosigkeit und den Ausschluß der condictio indebiti[6]). Es findet daher aus einer sittlichen oder Anstandspflicht vor der Leistung in keiner Hinsicht ein Rechtszwang statt, während andrerseits das auf Grund derselben Geleistete nicht rückforderbar ist.

[1]) Vergl. § 1 unsrer Darstellug S. 12.
[2]) Dernburg, Pand. II § 5 Z. 7.
[3]) Ryck, S. 45. Schwanert S. 120.
[4]) Entwurf II § 739.
[5]) Protokolle Bd. 2 S. 695.
[6]) Stammler S. 30.

Weil nun diese sittlichen und Anstandspflichten die Hauptkriterien der unvollkommenen Verbindlichkeiten aufweisen, rechnen einige dieselben zu ihnen[1]). Die Vertreter dieser Ansicht verkennen meines Erachtens, daß, wenn auch das zum Zweck der Erfüllung einer Anstandspflicht Geleistete so wenig zurückgefordert werden kann, wie dasjenige, was auf eine unvollkommene Verbindlichkeit geleistet wurde, letztere Leistung doch immer wahre Erfüllung einer Schuld bildet; was aber blos nach Anstand und Sitte gewährt war, nie im Verkehr als Erfüllung, sondern nur als Schenkung aufgefaßt werden wird[2]) [3]).

Begleichen wir eine verjährte Forderung, zahlen wir dem Ehemäkler den versprochenen Lohn, berichtigen wir unsere Spielschulden, wir werden nie das Gefühl haben, geschenkt zu haben. Wir sind eben nur unsern rechtlichen Verpflichtungen nachgekommen, wir haben erfüllt. Wie ganz anders aber ist das bei den sittlichen und Anstandspflichten! Sie liegen auf dem Gebiet der Moral oder unsrer sozialen, gesellschaftlichen Anschauung und sind keinerlei Rechtspflichten. Mögen Sitte und der gute Ton einen noch so starken Einfluß auf unsere Entschließungen ausüben, immer werden wir bei einer Leistung, die auf ihren Anstoß erfolgte, die Empfindung haben, nicht erfüllt, sondern geschenkt zu haben. — Und dies erhellt denn auch deutlich aus § 534[4]), wonach, wenn der Leistende wußte, daß er rechtlich nicht verpflichtet war und sich dennoch moralisch zu der Leistung verpflichtet fühlte, seine Leistung Schenkung ist. Freilich wird eine solche Schenkung, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, wegen der sie veranlassenden Beweggründe anders behandelt als die gewöhnliche Schenkung. Insbesondere ist bei ihr die Rückforderung wegen mangelnden Unterhalts, vgl. § 528, und der Widerruf wegen groben Undanks, vgl. § 530, ausgeschlossen. Ferner kann sie auch, was sonst nicht gestattet ist, vom Verwalter fremden Vermögens vorgenommen werden. So kann der Vater aus dem Vermögen des Kindes, der Vormund aus dem Mündelvermögen, der Ehemann aus dem Gesamtgute schenken[5]). Dasselbe gilt für den Vorerben im Verhältnis zum

[1]) So Endemann, Bd. I § 99 I 2, Enneccerus, Bd. 1 (2. Aufl.) § 148 II 5. Matthiaß, I § 72 II C. Ubbelohde in Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 221 sub 8. Schwankend Cosack, Lehrb. des bgl. R., Bd. I § 80 Z. 4.

[2]) Dernburg, bgl. R. Bd. II § 3 III und Crome, Bd. II § 140 III.

[3]) Freilich kann das Gesetz ausdrücklich das Gegenteil bestimmen, wie es z. B. bei der Ausstattung geschehen ist; vgl. unseren § 4.

[4]) § 534 lautet: Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, unterliegen nicht der Rückforderung und dem Widerruf.

[5]) Vgl. §§ 1641, 1804, 1446.

Nacherben, § 2113, und für den Testamentsvollstrecker gegenüber den Erben, § 2205. Auch erzeugen solche Schenkungen weder einen Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils, noch eine Pflicht des Pflichtteilberechtigten, sich seine Schenkung auf den Ergänzungsanspruch anrechnen zu lassen, § 2330[1]), vgl. § 2325, 2327.

Aber kann das alles der durch Sitte und Anstand gebotenen Leistung den Charakter der Schenkung nehmen?

Doch wohl kaum[2]).

Kann nun an dieser Tatsache der Umstand etwas ändern, daß jemand leistete, der sich rechtlich für gebunden hielt, es in Wahrheit aber nur sittlich war? Können wir mit anderen Worten einer solchen irrtümlichen Meinung die Kraft beilegen, eine unvollkommene Verbindlichkeit zu erzeugen? Meines Erachtens nein; verneint man dies, so kann aber der Ausschluß der Rückforderung des Geleisteten nur daraus erklärt werden, daß die Leistung, die ja eben nicht grundlos ist, als Schenkung gedeutet werden muß und zwar als privilegierte Schenkung im obigen Sinne[3]).

Wenn wir nun aber auch nicht die sittlichen und Anstandspflichten aus oben geschilderten Gründen den technischen natürlichen Verbindlichkeiten als gleichartig an die Seite stellen können, so ist doch andrerseits nicht zu verkennen, daß hier Erscheinungen vorliegen, die den technischen naturales obligationes ähnlich sind, insofern eben, als das, was die Sitte erfordert, selbst dann nicht zurückgefordert werden kann, wenn der Leistende irrtümlich in dem Glauben war, rechtlich zur Leistung verpflichtet zu sein.

Es bleibt uns nun nur noch übrig festzustellen, wenn eine sittliche Pflicht oder eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht zu solchen Leistungen anzunehmen ist. Dies wird im Hinblick auf den gesamten Zusammenhang, in dem der Ausdruck gleichlautend wiederkehrt, immer dann der Fall sein, wenn man in dem gesellschaftlichen Kreise, dem der Betreffende angehört, freigebige Zuwendungen gewisser Art erwartet bei Meidung entweder des Ausschlusses aus jenem Kreise oder doch einer Minderung des äußeren Ansehens in ihm[4]). Solche Anstandspflichten sind z. B. die Unterstützung notleidender Verwandter, wenn man ihnen gegenüber nicht unterhaltspflichtig ist; Renumerationen an Angestellte bei einem besonders günstigen Geschäftsschluß durch den Geschäftsherrn, das Geben der

[1]) Vgl. Hachenburg S. 67 ff.

[2]) Oertmann zu § 534 ist allerdings der Ansicht, daß man solche Schenkungen besser vielleicht überhaupt nicht unter den Schenkbegriff gebracht hätte. Das mag sein, denn in der Tat haben diese Schenkungen durch diese Sondervorschriften einen Charakterzug der Naturalobligationen erhalten. Vgl. Stammler S. 30 An. 3.

[3]) Crome, Bd. II § 140 III, vgl. auch Levy § 4; vgl. auch Ennecerus, (1. Aufl.) S. 338.

[4]) Stammler, S. 31. Jacobi, S. 5 u. S. 10.

üblichen Trinkgelder ꝛc.[1]). Hierbei kommt es natürlich nicht darauf an, ob der Leistende eine Empfindung davon gehabt hat, daß er einer sittlichen Pflicht, einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht genügt hat. Vielmehr wird der Gedanke der sittlichen Pflicht und der auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht objektiv zu fassen sein[2]).

2. Besondere Fälle.

§ 8.

a) Die Fälle der Nichtigkeit, die durch Erfüllung heilbar sind, aus den §§ 313, 518, 766, sowie aus 110;

Im gemeinen Recht war der Satz aufgestellt, daß Schuldverhältnisse, welche der gesetzlichen Form entbehren, naturales obligationes begründen, sofern der Verpflichtungswille feststeht[3]). Die Quellen erkennen eine naturalis obligatio an, wenn ein Zinsversprechen ohne die erforderliche Form der Stipulation vorgenommen war[4]) [5]). Ob nun daraus zu entnehmen sei, daß auch sonst Verträge, welche der gesetzlich vorgeschriebenen Form entbehren, naturales obligationes erzeugen, war bestritten[6]).

Sicher war das dann nicht der Fall, wenn das Gesetz Formvorschriften in dem Sinne aufgestellt hat, daß jede Wirkung des Vertrages wegen eines Verstoßes gegen die Formen, auch die naturale, rechtlich negirt werden muß[7]) [8]).

Unser B.G.B. § 125 bedroht den Formverstoß mit Nichtigkeit[9]). Die Leistung auf Grund eines in dieser Weise nichtigen Rechtsgeschäfts kann nach § 812 kondiciert werden.

Diesen strengen Standpunkt verläßt aber das Gesetz in einigen Fällen[10]):

[1]) Dernburg, vgl. R. Bd. II § 3 III.
[2]) Hachenburg, S. 66.
[3]) Dernburg, Pand. Bd. II § 5 Z. 6.
[4]) l. 5 § 2 D XLVI. 3 u. l. 11 § 3 D XIII 7.
[5]) Darin haben einige die Anerkennung der nuda parta überhaupt als naturales obligationes gefunden. Das hat für das gem. R. weniger Interesse, da hier alle formlosen Verträge grundsätzlich klagbar waren. Vgl. Windscheid Pand. II § 289 An. 1.
[6]) Vgl. W. Mayr, S. 22.
[7]) Dernburg, Pand. II § 5 An. 16.
[8]) Vgl. dagegen A.L.R. I 5 § 155; s. S. 13 unserer Darstellung.
[9]) Die Protokolle Bd. II S. 696 bemerken: Eine sittliche Pflicht, ein wegen Formmangels ungültiges Geschäft zu erfüllen, ist überhaupt nicht anzuerkennen.
[10]) Matthiaß, I § 72 II g. Kipp zu Windscheid, Pand. Bd. II § 289, 2 a) u. c). Ubbelohde in Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 219. ff. sub. 3. 4. 5; Levy, § 7; die hier schlechthin natürliche Verbindlichkeiten annehmen.

a) „Ein Vertrag, durch den sich der eine Theil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalt nach giltig, wenn die Auflassung und Eintragung in das Grundbuch erfolgen." § 313.

Diese strenge Form ist gewählt worden, um die leichtfertige Eingehung solcher Verträge zu verhindern und die minder gewandte Bevölkerung vor übereilten Käufen und Verkäufen zu bewahren, was erfahrungsgemäß durch das Erfordernis bloßer Schriftform, insbesondere, wenn Formularverträge vorliegend sind, nicht erreicht wird. Durch den Gang zum Gericht oder Notar soll nun eine wohlthätige Ueberlegungsfrist gegeben werden[1]).

Andererseits hat man nun aber aus Gründen praktischer Zweckmäßigkeit[2]) den Grundsatz, daß ein nichtiger Vertrag niemals giltig werden kann, durchbrochen und eine Heilbarkeit des formwidrigen Vertrages durch Auflassung und Eintragung zugelassen, unabhängig davon, ob den Auflassenden der Mangel der Form beim obligatorischen Vertrag bekannt war oder nicht.

Mit der Auflassung wird der Vertrag seinem ganzen Inhalt nach giltig. Giltig wird daher auch das Versprechen der Gegenleistung, giltig werden auch die von den Parteien getroffenen Nebenabreden[3]). Bis zur Auflassung und Eintragung ist der der vorgeschriebenen Form ermangelnde Vertrag nach § 125 nichtig, begründet also überhaupt keine Verpflichtung, auch keine naturale[4]).

Insofern nun aber der nichtige Vertrag durch Erfüllung geheilt werden kann, sodaß also jetzt das Geleistete nicht mehr zurückgefordert werden darf, spiegeln sich hierin m. E. die Klaglosigkeit und Erfüllbarkeit wieder, und wir können daher in dieser Erscheinung immerhin einen der technischen Naturaobligation ähnlichen Fall erblicken.

Ebenso verhält es sich mit den folgenden Fällen:

b) „Zur Giltigkeit eines Vertrages, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, ist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich. Das Gleiche gilt, wenn ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntnis der in den § 780, 781 bezeichneten Art schenkweise erteilt wird, von dem Versprechen oder der Anerkennungserklärung

Der Mangel wird durch Bewirkung der versprochen Leistung geheilt." § 518.

[1]) Endemann, Bd. I § 104 II 1) a).
[2]) Scherer zu § 313 S. 144 u. Endemann, Lehrb. I § 104 An. 6.
[3]) Planck, Bd. II zu § 313. 2 S. 85.
[4]) Vgl. Enneccerus § 148 An. 2.

Der § 518 will verhüten, daß ein Schenkungsversprechen in der Uebereilung erteilt wird. Daher die strengen Formvorschriften, deren Verletzung Nichtigkeit zur Folge hat. Diese Nichtigkeit ist aber durch reale Leistung heilbar; denn da die Leistung als Realgeschenk gültig wäre, so soll sie auch als Erfüllung eines früheren Schenkungsversprechens gültig sein[1]).

Wird daher effektiv geleistet, so wird vom Moment der Leistung an das Schenkungsversprechen als vollgiltig angesehen. Eine Rückforderung des Geleisteten ist nun ausgeschlossen, mag der Leistende den Formmangel gekannt haben oder nicht[2]).

Wegen dieser der Erfüllung beigelegten Kraft können wir also auch hier einen der technischen naturalis obligatio des gemeinen Rechts ähnlichen Fall annehmen.

c) „Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages ist schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich. Soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt." § 766.

Es gilt den Bürgen vor der Inanspruchnahme unüberlegter Bürgschaften zu sichern. Erfüllt aber der Bürge gleichwohl auch ohne formell gültige Bürgschaftserklärung, so steht nichts im Wege, eine Heilung derselben eintreten zu lassen ohne Rücksicht darauf, ob dem Bürgen der Formmangel bekannt war oder nicht[3]).

In welcher Weise erfüllt wird, ist gleichgültig. Jede Art der Erfüllung wird genügen, die Leistung an Zahlungsstatt, wie die Leistung zahlungshalber, Schuldanerkenntnis oder Wechsel und das alles, weil nur schriftliche Form gefordert wird[4]).

Im Uebrigen gilt das Gleiche wie oben.

d) Zu dieser Gruppe von Fällen, in denen ein Rechtsgeschäft nichtig ist, der Mangel aber durch Erfüllung geheilt mird, kann auch § 110 gerechnet werden[5]).

„Ein von dem Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag gilt von Anfang an als wirksam, wenn der Minderjährige die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zweck oder zu freier Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind."

An sich ist also der von dem Minderjährigen geschlossene Vertrag nichtig. Die Nichtigkeit kann aber dadurch beseitigt werden, daß der Minderjährige mit den vorbezeichneten Mitteln

[1]) Crome, Bd. II § 230 sub 3.
[2]) Scherer zu § 518 S. 651, Planck, Bd. II zu § 518, 3 S. 285, und Kipp zu Windscheid, Pand. II § 289, 2c.
[3]) Kipp zu Windscheid, Pand. II § 289, 2c.
[4]) Ubbelohde in Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 220 sub 5.
[5]) Kipp zu Windscheid, § 289, 2a) Pandekten II.

erfüllt. Die Erfüllung hat dann die Kraft, den Vertrag von Anfang an zu einem wirksamen zu machen. Eine Rückforderung des Geleisteten ist demnach ausgeschlossen, mag der Minderjährige bei der Erfüllung seinen Zustand und den Mangel der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu dem Rechtsgeschäft gekannt haben oder nicht[1]).

Indem nun aber der Erfüllung eine solche heilende Kraft beigelegt wird, zeigt sich auch hier eine Aehnlichkeit mit der technischen naturalis obligatio.

In gleicher Weise sind Verträge zu behandeln, die von Personen abgeschlossen werden, die den Minderjährigen nach § 114 in Ansehung der Geschäftsfähigkeit gleichstehen, also von Personen, die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt oder nach § 1906 unter vorläufige Vormundschaft gestellt sind.

§ 9.

β) Die Forderung auf eine übermäßig hohe Vertragsstrafe;

Als eine den technischen naturales obligationes ähnliche Erscheinung läßt sich auch die Verpflichtung auf Leistung einer verwirkten Vertragsstrafe zu dem Teile betrachten, um den auf Antrag des verklagten Schuldners das Urteil den vereinbarten Betrag als den Umständen nach zu hoch bemessen, herabsetzt. § 343 Abs. 1 bestimmt nämlich: „Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. . . . . Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen."

Indem also hier das Zuvielbezahlte nicht zurückgefordert werden kann, wird die Erfüllung für stärker befunden „als die vom Gesetz dem gemißbilligten Erfolge entgegengestellte Sanktion"[2]).

Den Grund für dieses „tolerari posse" des Gesetzes sehen wir mit Endemann[3]) darin, daß die Notlage des freiwillig Erfüllenden keine so unerträgliche gewesen sein mag, daß von dem nicht unbedenklichen Eingriff des Richters in den Inhalt des Vertrages Gebrauch gemacht werden müßte.

Das Eigentümliche dieses Verhältnisses liegt darin, daß erst durch das Urteil festgestellt wird, ob und in welchem Umfang die Verbindlichkeit klaglos ist[4]). Ist daher von dem Ermäßigungs-

[1]) Kipp zu Windscheid, Pand. II § 289, 2a).
[2]) Endemann, Bd. I 99 An. 5.
[3]) Endemann, Bd. I § 99 An. 5.
[4]) Ubbelohde in Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 222 sub 8.

rechte des Richters kein Gebrauch gemacht worden, so kann man an sich freilich nie sagen, es sei etwas bezahlt worden, wozu keine rechtlich erzwingbare Verpflichtung bestand. Immerhin kann aber zu viel bezahlt worden sein und, weil das Zuvielbezahlte — infolge des Ausschlusses der Herabsetzung der Strafe nach der Entrichtung — trotzdem nicht rückforderbar ist, so kann man hierin wohl eine Erscheinung sehen, die den technischen naturales obligationes des gemeinen Rechts ähnlich ist.

Ebenso liegt der Fall des § 655: „Ist für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Dienstvertrages oder für die Vermittlung eines solchen Vertrages ein unverhältnismäßig hoher Mäklerlohn vereinbart worden, so kann er auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Nach der Entrichtung des Lohnes ist die Herabsetzung ausgeschlossen."

Auch hier wird also aus den gleichen Gründen wie bei der übermäßig hohen Vertragsstrafe eine der technischen naturalis obligatio ähnliche Erscheinung anzunehmen sein.

§ 10.

γ) Den Anspruch des Besitzers einer fremden Sache oder einer fremden Erbschaft auf Ersatz von Verwendungen.

Nach gemeinem Recht hatte der Besitzer einer fremden Sache wegen gewisser Verwendungen auf dieselbe dem Eigentümer gegenüber ein Zurückbehaltungsrecht, das mittels der exceptio doli generalis geltend zu machen war. Klageweise konnte der Besitzer Ersatz der bezüglichen Verwendungen nicht verlangen[1]). Es fragt sich nun, ob hier eine naturalis obligatio vorliegt. Die Quellen sprechen von einer solchen nicht[2]). Man wird aber wohl eine solche annehmen können; denn es ist doch ohne Zweifel durch die Tatsache der Verwendung eine — wenn auch klaglose — Forderung auf Ersatz derselben entstanden. Goldschmidt[3]) hält für Ansprüche dieser Art auch nach Aufgabe der Detention sowohl soluti retentio, wie Verbürgung, Pfandbestellung, Konstitut, Novation durchaus für zulässig. Seiner Ansicht nach kann auch unter geeigneten Voraussetzungen der Verwendungsanspruch zur Kompensation benutzt werden. „Es liegt also — schreibt er — eine naturalis obligatio der schwächeren Art ohne unbeschränktes Kompensationsrecht vor."

[1]) Dernburg, Pand. I § 227.
[2]) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 289 An. 1a. Ende.
[3]) Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Bd. I § 94 An. 14.

Nach B.G.B. § 1000, § 2022 gilt folgendes:

Der Besitzer einer fremden Sache und der Besitzer einer fremden Erbschaft hat wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen zunächst nur ein Zurückbehaltungsrecht. Er kann den Anspruch auf Ersatz der Verwendungen erst dann mittels Klage geltend machen, wenn der Eigentümer oder der Erbe die Sache wiedererlangt und nicht zurückgibt oder die Verwendungen genehmigt, § 1001. Um nun die Genehmigung herbeizuführen, kann der Besitzer den Eigentümer auffordern, sich innerhalb einer von ihm bestimmten angemessenen Frist darüber zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige. Nach dem Ablauf der Frist ist der Besitzer berechtigt, Befriedigung aus der Sache zu suchen, wenn nicht die Genehmigung rechtzeitig erfolgte, § 1003, Abs. 1. Bestreitet dagegen der Eigentümer oder der Erbe den Anspruch vor dem Ablauf der Frist, so kann sich der Besitzer aus der Sache oder Erbschaft erst dann befriedigen, wenn der Betrag der Ersatzsumme rechtskräftig festgestellt ist und der Besitzer den Eigentümer nochmals zur Erklärung binnen angemessener Frist aufgefordert, dieser aber innerhalb derselben die Genehmigung nicht erteilt hat, § 1003, Abs. 2[1]).

Eine gewisse Aehnlichkeit mit der gemeinrechtlichen technischen naturalis obligatio liegt also hier insofern vor, als die Forderung des Besitzers einer fremden Sache oder einer fremden Erbschaft klaglos ist und erst unter gewissen Voraussetzungen klagbar wird[2]).

[1]) Vgl. Dernburg, bgl. R., Bd. III §123, 4. Cosack, Lehrbuch des bgl. R., Bd. II § 212, VIII 4 u. 5. Endemann, Bd. II § 93c.

[2]) Vgl. auch Ubbelohde in Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 218 sub 2; Matthiaß, Bd. 1 § 72 IID, Enneccerus, Bd. I § 148, II 4, die hier schlechthin von einer unvollkommenen Verbindlichkeit sprechen.